Die Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern

nach § 88 AktG.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Peter Wilhelm Vogel
aus Dresden.

1939

Verlag M. Dittert & Co., Dresden A 16, Pfotenhauerstraße 28/30

Hauptberichterstatter: Professor Dr. Müller-Erzbach

Mitberichterstatter: Professor Dr. Hueck

Tag der Genehmigung: 3. April 1939

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung.

§ 1 1

II. Hauptteil.

A. Das Wesen des Entsendungsrechts.

1. Das Entsendungsrecht als Mitgliedschaftsrecht.

§ 2 a) Begründung 5
§ 3 b) Folgen 6

2. Das Entsendungsrecht als gemeinnütziges Recht.

§ 4 a) Begründung 8
§ 5 b) Folgen 11

3. Das Entsendungsrecht als Sonderrecht.

§ 6 a) Begründung 16
§ 7 b) Folgen 21

B. Die Funktion des Entsendungsrechts.

1. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem entsandten AR-Mitglied und der Gesellschaft.

§ 8 a) Entstehung 26
§ 9 b) Inhalt 28
§ 10 c) Beendigung 36

2. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Entsendungsberechtigten und dem entsandten Mitglied.

§ 11 a) Entstehung 39
§ 12 b) Inhalt 40
§ 13 c) Beendigung 46

3. Beide Rechtsbeziehungen als Elemente konzernrechtlicher Bindung.

§ 14 47

III. Schlußbetrachtung.

§ 15 53

Literaturverzeichnis.

I. Kommentare:

Baumbach: Komm. z. AktG, München-Berlin, 1937, 2. Aufl.
Danielcik: Komm. z. AktG, Berlin, 1937, 1. Aufl.
Düringer-Hachenburg: Komm. z. HGB, Mannheim - Berlin - Leipzig, 1932, 3. Aufl.
Godin v. Wilhelmi: Komm. z. AktG, Berlin-Leipzig, 1937, 1. Aufl.
Reichsgerichtsräte: Komm. z. BGB, Leipzig-Berlin, 1934, 8. Aufl.
Ritter: Komm. z. AktG, München-Berlin, 1938, 1. Aufl.
Schlegelberger: Komm. z. AktG, Berlin, 1937, 2. Aufl.
Staub-Pinner: Komm. z. HGB., Berlin-Leipzig, 1936, 12./13. Aufl.
Staudinger: Komm. z. BGB, München-Berlin, 1925, 9. Aufl
Soergel: Komm. z. BGB, Stuttgart-Leipzig, 1937, 6. Aufl.
Teichmann-Koehler: Komm. z. AktG, Berlin, 1937, 1. Aufl.

II. Lehrbücher:

Gierke v.: Deutsches Privatrecht, Bd. I, 1895.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch d. Bürgerl. Rechts, Bd. 1 u. 2, Marburg, 1931, 13. Bearb.
Hallstein: Die Aktienrechte d. Gegenwart, Berlin, 1931, 1. Aufl.
Müller-Erzbach: Das Deutsche Handelsrecht, Tübingen, 1928, 2./3. Aufl.
Obst: Das Bankgeschäft, Stuttgart, 1930, 9. Aufl.
Passow: Die Aktiengesellschaft, Jena, 1922, 2. Aufl.
Schmey: Aktie und Aktionär im Recht der Vereinigten Staaten, Marburg, 1930.
Tuhr v.: Allgem. Teil d. deutsch. Bürgerl. Rechts, Leipzig, 1910.

III. Monographien:

Bergmann: Mißbrauch gesellschaftl. Machtstellungen, Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht u. Konkursrecht 105/4.
Dietrich: Zum neuen Aktiengesetz, JW 1937/976 f.
Dreyer: Körperschaftl. Sonderrechte i. d. Praxis des RG. Diss. Köln 1930.
Fischer: betr. das Konzernwesen, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht u. Konkursrecht 103/9.
Haußmann: betr. Delegation von AR-Mitgliedern, Zentralbl. f. Handelsrecht 1931/4.
Hofmannstal v.: betr. Delegation von Aufsichtsratsmitgliedern, Bankarchiv 29/306.

Hueck: Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von GV-Beschlüssen, Mannheim-Berlin-Leipzig 1924.
— Recht d. GV-Beschlüsse, Berlin 1933.
Liebmann: Stimmrechtsbeschränkung delegierter Aufsichtsratsmitglieder, Zeitschr. d. deutsch. Not.-Vereins 1925/352.
Müller-Erzbach: Das Aktiengesetz v. 30. 1. 1937 u. d. Akt. Rechtsproblem, Jherings Jahrb. 1938 51/84.
— Entartung des deutschen Akt. Wesens seit d. Infl. Zeit, Tübingen 1926.
— Umgestaltung d. AG zur Kernges. verantwortungsvoller Großaktionäre, Berlin 1929.
— betr. Organe jur. Personen, Jherings Jahrb. 73/138.
Rospatt: betr. Delegation von Aufsichtsratsmitgliedern, Bankarchiv 29/157 f.
Schultze: Organschaftsrechte als Sonderrechte, Jherings Jahrb. 75/455.

Einleitung.

§ 1.

Unter den Mitgliedern einer Aktiengesellschaft kann man im allgemeinen zwei Gruppen unterscheiden. Die eine Gruppe besteht aus den Großaktionären, die mit bedeutendem Kapital beteiligt und deswegen lange an die Gesellschaft gebunden sind. Ihnen stehen andere Aktionäre gegenüber, die oft nur zu Spekulationszwecken einige wenige Aktien erwerben. Sie wollen sich meist auch nur vorübergehend beteiligen und ihre Aktien bei Gelegenheit wieder abstoßen. Die Interessen der beiden Gruppen müssen nicht nur dem Grade, sondern auch der Richtung nach verschieden sein. Die Großaktionäre werden bestrebt sein, die Geschäftsleitung entweder selbst in die Hand zu nehmen oder doch wenigstens maßgebend zu beeinflussen. Denn gerade die Großaktionäre werden durch eine schlechte Geschäftsführung am meisten betroffen. Man muß ihnen also auch die Möglichkeit geben, diejenigen Gefahren abzuwehren, die ihrem Vermögen drohen. Das können sie aber nur, wenn sie Einfluß auf die Geschäftsleitung haben. Diesem berechtigten Streben der Großaktionäre muß das Recht entgegenkommen, um nicht das Kapital von der Beteiligung an Aktiengesellschaften abzuschrecken. Auch der Anteil der Kleinaktionäre kann nur der Höhe ihres Interesses entsprechen, kann also nicht ausschlaggebend sein. Wohl aber haben die Kleinaktionäre ein berechtigtes Interesse an einer wirksamen Kontrolle der geschäftsführenden Großaktionäre. Denn es besteht die Gefahr, daß die Großaktionäre die ihnen anvertraute Macht mißbrauchen, wenn sie nicht unter Aufsicht stehen. Dagegen müssen aber die Kleinaktionäre geschützt werden. So bedingt denn die verschiedene Kapitalbeteiligung verschiedene Interessen und führt notwendigerweise zur Entstehung verschiedener Organe. Erforderlich erscheint ein geschäftsführendes Organ, das den Interessen der Großaktionäre entgegenkommt, und ein besonderes Kontrollorgan, das dem Schutzbedürfnis der Kleinaktionäre entspricht. Denn die Hauptversammlung

ist wegen ihres nur periodischen Zusammentretens zu einer dauernden Kontrolle nicht im Stande. Dieses Kontrollorgan kann seine Aufgaben aber nur dann wirklich erfüllen, wenn es vom geschäftsführenden Organ gänzlich unabhängig ist. Diese Unabhängigkeit kann man nicht schon durch strenge Funktionsteilung sichern, indem man das eine Organ auf die Kontrolltätigkeit und das andere auf die Geschäftsleitung beschränkt. Man muß vielmehr tiefer gehen und denjenigen Kräften, die die Geschäftsführung bereits in der Hand haben, tunlichst jeden Einfluß auf das Kontrollorgan nehmen. Denn wie wäre eine Kontrolle denkbar, wenn der Aufsichtsführende von demjenigen abhängig ist, den er beaufsichtigen soll? Damit ergibt sich von selbst das Gebot, die Großaktionäre von der Kontrolltätigkeit möglichst auszuschließen.

Wie hat nun die deutsche Gesetzgebung diese Gebote der Macht- und Interessenlage berücksichtigt? Die erste Aktiennovelle von 1870 beseitigte die bis dahin bestehende Staatsaufsicht und machte den Aufsichtsrat zum gesetzlichen Kontrollorgan. Letzterer wurde von der Generalversammlung gewählt, in der die Großaktionäre kraft ihrer Kapital- und Stimmenmehrheit dominierten. Sie bestimmten daher maßgebend die personelle Zusammensetzung des Aufsichtsrates, der deswegen vielfach die Sonderinteressen der Großaktionäre vertrat. Diese Regelung entsprach nicht der Machtlage innerhalb der Gesellschaft. Damit hatte der Gesetzgeber gerade das ermöglicht, was er verhindern mußte. Die Großaktionäre waren dadurch in Stand gesetzt, das Kontrollorgan von sich abhängig zu machen und eine wirkliche Aufsicht zu verhindern.

Die Untauglichkeit des Aufsichtsrates zur Erfüllung der ihm gesetzten Aufgabe wurde gesteigert durch die Vorschrift des § 246 III HGB. Diese Bestimmung gestattete, dem Aufsichtsrat außer seinen gesetzlichen Aufgaben noch andere zu übertragen. Von dieser Ermächtigung machten sehr viele Gesellschaften Gebrauch. Sie übertrugen dem Aufsichtsrat die Wahl des Vorstandes, außerdem machten sie die Geschäftsführung des Vorstands von der Zustimmung und von den Weisungen des Aufsichtsrats abhängig. Dadurch wurde der Aufsichtsrat aus einer Kontrollinstanz zu einem Angelpunkt gesellschaftlicher Machtstellung. Wenn man die Gesellschaft beherrschen wollte, dann mußte man sich Einfluß im Aufsichtsrat verschaffen. Ein geeignetes Mittel für solche Bestrebungen

war die Delegation von Aufsichtsratsmitgliedern, die das Thema der vorliegenden Arbeit bildet. Zur Erklärung sei folgende Definition gegeben:

> Aufsichtsratsdelegation bedeutet eine schuldrechtliche Vereinbarung, durch die ein Aufsichtsratsmitglied sich verpflichtet, die Interessen des Delegierenden im Aufsichtsrat wahrzunehmen.

Der Kreis der Personen, welche solche Verträge schlossen, beschränkte sich nicht auf Mitglieder, wenn natürlich auch die Großaktionäre in erster Linie in Frage kamen. Bemerkenswert ist ferner, daß Staat, Kommunalverbände und Gemeinden manchmal ihre Beamten in den Aufsichtsrat schickten, soweit sie an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen beteiligt waren. Als gesellschaftsfremde Mächte delegierten zuweilen die Großbanken ihre Verwaltungsmitglieder in den Aufsichtsrat von Industriegesellschaften.

Wie war es diesen Interessenten nun möglich, ihre Vertreter in den Aufsichtsrat zu bringen? Den Banken gelang es mit Hilfe ihrer glänzenden Organisation, auch ohne eigene Kapitalbeteiligung Aufsichtsratssitze zu erobern. Durch die sogenannte Legitimationszession erhielten sie das Recht, die Interessen ihrer Kunden in der Hauptversammlung zu vertreten. Dabei lag den Banken oft mehr die Stärkung ihrer eigenen Machtstellung am Herzen als die Sorge für ihre Kunden. Durch geschickten Aktienaustausch und mit Hilfe ihrer Filialen, die über das ganze Reich verbreitet sind, konnten sie den weitverstreuten Besitz der Kleinaktionäre sammeln und damit eine gewaltige Macht in ihrer Hand konzentrieren. Durch die Wahl ihrer Vertrauensleute in den Aufsichtsrat verwandelten sie dann die Machtstellung, die sie oft nur während einer einzigen entscheidenden Hauptversammlung besaßen, zu einer dauernden. Der große Einfluß der Banken auf die Industriegesellschaften hatte deswegen sehr nachteilige Folgen, weil er nicht von einer entsprechenden Verantwortung getragen war.

Großaktionäre, die im Besitz der Aktienmajorität waren, setzten die Wahl ihrer Delegierten in der G.V. kraft ihres Stimmrechts durch. Wenn sie nicht über die Mehrheit verfügten, griffen sie zu anderen Mitteln. Manchmal schlossen sie

ein Abkommen mit der betreffenden Gesellschaft, welche dadurch verpflichtet wurde, einen Vertrauensmann des Interessenten in ihren Aufsichtsrat zu nehmen. Manchmal trafen die Großaktionäre untereinander Vereinbarungen, durch die sie sich gegenseitig die Wahl ihrer Kandidaten garantierten. Wenn auch die rechtliche Gültigkeit solcher Verträge höchst bestritten war, so wirkten sie sich doch in dem gewünschten Sinne aus. Zu dieser bisherigen Art von Delegationen, die man als „versteckte" bezeichnen kann, weil der Delegierende meist im Dunkel blieb, kam dann durch die Aktienreform eine neue Art hinzu. Ihre Besonderheiten wollen wir im folgenden eingehend betrachten.

Hauptteil.

1. Das Entsendungsrecht als Mitgliedschaftsrecht.

a) Begründung.

§ 2.

Die Delegation von Aufsichtsratsmitgliedern findet ihre Rechtsgrundlage in § 88 des Aktiengesetzes vom 30. 1. 37 (RGBl. I, S. 107). Der Unterschied gegenüber dem früheren Rechtszustand besteht darin, daß die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder nicht mehr ausschließlich der Hauptversammlung zusteht. Vielmehr kann bestimmten Personen ein Entsendungsrecht eingeräumt werden. Damit treten aber die Rechtsbeziehungen zwischen dem Delegierenden und dem Delegierten aus ihrem Dunkel heraus, sodaß man diese neuen Delegationen mit Recht als „offene" bezeichnen kann.

Bei einer Betrachtung im Einzelnen erhebt sich die Frage, ob das Entsendungsrecht zu den Mitgliedschaftsrechten gehört. Letztere zeigen zwei wesentliche Merkmale: Einmal stehen sie einer Person in ihrer Eigenschaft als Mitglied zu. Zweitens sollen sie dem gemeinsamen Zweck dienen, zu dem die Mitglieder sich zusammengeschlossen haben. Es muß nun geprüft werden, ob diese Voraussetzungen etwa beim Entsendungsrecht gegeben sind. § 88 I, II AktG beschränkt seine Verleihung auf bestimmte Aktionäre und auf Inhaber bestimmter vinkulierter Namensaktien. Es kann also nur Mitgliedern als solchen gewährt werden. Damit sehen wir, daß das eine Merkmal der Mitgliedschaftsrechte erfüllt ist. Aber auch die andere Voraussetzung liegt vor. Denn die Ausübung des Entsendungsrechtes soll dem gemeinsamen Zweck der Mitglieder dienen. Sie gibt der Gesellschaft einen Teil ihrer Verwaltungsträger, die sie zur Wahrnehmung der Kontrolltätigkeit braucht. Auf diese Weise kann der Entsendungsberechtigte mit beitra-

gen zur Erhaltung des Unternehmens, an der doch alle Aktionäre interessiert sind. Wir erkennen damit, daß das Entsendungsrecht tatsächlich als Mitgliedschaftsrecht anzusehen ist.

1. Das Entsendungsrecht als Mitgliedschaftsrecht.

b) Folgen.

§ 3.

Dieses Ergebnis, zu dem wir durch unsere Untersuchung gelangt sind, hat nicht nur theoretische, sondern auch praktische Bedeutung. Ist doch infolgedessen eine unlösliche Verbindung von Mitgliedschaft und Entsendungsrecht anzunehmen. Diese Abhängigkeit zeigt sich in dreifacher Hinsicht:

Die Mitgliedschaft ist eine Voraussetzung, ohne die das Entsendungsrecht nicht entsteht. Es kann daher unter keinen Umständen einem Nichtmitglied, etwa einer Großbank, eingeräumt werden. Diese Erkenntnis ermöglicht eine Stellungnahme zu dem Problem, ob das Entsendungsrecht als Sondervorteil im Sinne des § 19 AktG begründet werden kann. In dieser Bestimmung heißt es: „Jeder zugunsten einzelner Aktionäre bedungene besondere Vorteil muß in der Satzung unter der Bezeichnung des Berechtigten festgesetzt werden." Daraus ergibt sich, daß der Sondervorteil nur einer Person zugesagt werden kann, die zur Zeit seiner Festlegung in der Satzung Aktionär ist. Nicht gefordert wird jedoch, daß der Berechtigte auch weiterhin Aktionär bleibt, um sein Recht geltend machen zu können. Dieses bleibt vielmehr vom Verlust der Aktionäreigenschaft unberührt. Daraus aber kann man einen Schluß auf die Rechtsnatur dieses Sondervorteils ziehen. Es handelt sich um ein Gläubigerrecht, das der Person nicht als Mitglied, sondern als Drittem gegen die Gesellschaft zusteht. Das Entsendungsrecht kann daher niemals als Sondervorteil begründet werden. (So auch Ritter, a. a. O., S. 295 § 88 AktG; Teichmann-Koehler, S. 34; v. Godin, S. 53.)

Die Mitgliedschaft ist weiterhin eine Voraussetzung, ohne die das Entsendungsrecht nicht ausgeübt werden kann. Es ist also

nicht möglich, das Recht des § 88 AktG von der Mitgliedschaft loszulösen und selbständig an Dritte zu übertragen, denn solchen Personen fehlt das mitgliedschaftliche Interesse an der dauernden Erhaltung des Unternehmens. Es entstände daher die Gefahr, daß sie das Recht egoistischen Zwecken dienstbar machten und der Gesellschaft schadeten. Das Gesellschaftsinteresse steht mithin einer solchen Übertragung einzelner Berechtigungen entgegen (Ritter, a. a. O., S. 296; Müller-Erzbach, Das deutsche Handelsrecht, S. 286.) Auch ein Gläubiger, dem die betreffende vinkulierte Namensaktie verpfändet ist, kann das Entsendungsrecht nicht ausüben. Auch ihm fehlte das mitgliedschaftliche Interesse. Er würde durch seine Delegierten ohne Rücksicht auf die Notwendigkeit von Rücklagen nur auf eine möglichst hohe Dividende hinwirken.

Die Mitgliedschaft ist endlich eine Voraussetzung, ohne die das Entsendungsrecht nicht fortbestehen kann. Es erlischt also, wenn der bestimmte Aktionär, dem das Recht für seine Person eingeräumt ist, seinen gesamten Aktienbesitz veräußert. Ist das Entsendungsrecht mit dem Eigentum an bestimmten vinkulierten Aktien verbunden, dann entfällt das Recht mit der Übertragung. Der Erwerber hingegen kann das Recht ausüben, wenn die Gesellschaft die Veräußerung der Aktien genehmigt.

In diesem Zusammenhang fragt es sich auch, ob das Entsendungsrecht vererblich ist. Gegen die Vererblichkeit scheint § 38 BGB zu sprechen. Danach sind beim rechtsfähigen Verein die Mitgliedschaft selbst und die einzelnen Mitgliedsrechte unvererblich. Demgegenüber hat sich im Aktienrecht der Grundsatz herausgebildet, daß die Mitgliedschaftsrechte eines Aktionärs nicht erlöschen, sondern auf den Erben übergehen. Damit ist jedoch über die Vererblichkeit des Entsendungsrechts noch nichts Entgültiges gesagt. Auch bei diesem Problem ist vielmehr von der Interessenlage auszugehen. Diese macht folgende Unterscheidung notwendig:

Beim persönlichen Entsendungsrecht ist offenbar ein Vertrauensverhältnis zwischen Gesellschaft und Rechtsinhaber vorausgesetzt. Denn sonst hätte die Gesellschaft das Recht nicht an den Namen eines ganz bestimmten Aktionärs gebunden. Stirbt dieser Vertrauensmann, so kann sein Rechtsnachfolger unter Umständen eine unzuverlässige Person sein. Mit dem Interesse der Gesellschaft an einem persönlichen Vertrauensverhältnis wäre es dann unvereinbar, wenn der Rechts-

nachfolger zur Entsendung befugt wäre. Daher ist die Unvererblichkeit des persönlichen Entsendungsrechts anzunehmen. (A. A. v. Godin, a. a. O. S. 298.)

Ist der jeweilige Inhaber einer bestimmten vinkulierten Namensaktie zur Entsendung berechtigt, dann ist seine Vertrauenswürdigkeit gleichfalls nicht unwichtig. Doch scheint ein Interesse der Gesellschaft an einer ganz bestimmten Person nicht in dem Maß zu bestehen wie beim persönlichen Entsendungsrecht. Die Vererblichkeit des Inhaberentsendungsrechts ist daher wohl zu bejahen. Allerdings kann die Satzung jede Einschränkung des Entsendungsrechts verfügen und daher auch eine gegenteilige Anordnung treffen.

2. Das Entsendungsrecht als gemeinnütziges Recht.

a) Begründung.

§ 4.

Die Mitgliedschaftsrechte zerfallen nach den Interessen, denen sie jeweils dienen, in verschiedene Gruppen. Es gibt darnach Rechte, die unmittelbar dem persönlichen Vorteil des einzelnen Mitglieds dienen, wie z. B. das Recht auf die Dividende. Man bezeichnet sie treffend als selbstnützige Rechte. Ihnen stehen solche Rechte gegenüber, die im Interesse der Gesellschaft, insbesondere im Interesse ihrer Erhaltung und Willensbildung, liegen. Man faßt diese Rechte zusammen unter dem Namen „gemeinnützige Rechte". Ihre Eigenart besteht darin, daß sie dem Aktionär einen bestimmten Anteil am Verfassungsleben der Gesellschaft gewähren. Maßgebend für ihre Ausübung ist der Umstand, daß sie dem Gesellschaftsinteresse dienen sollen. Jede Nichtbeachtung dieses Zweckes erscheint als Rechtsmißbrauch. Daher müssen die gemeinnützigen Rechte stets von mitgliedschaftlichem Interesse getragen sein.

Bei näherer Untersuchung erkennt man, daß das Entsendungsrecht seiner Zweckbestimmung nach zu den gemeinnützigen Rechten gehört. Hierfür sprechen zwei Umstände. Die Befugnis, Vertrauensleute in den Aufsichtsrat zu entsenden, bedeutet zweifellos einen tiefen Eingriff in die Verfassung der Gesellschaft. Sie gibt dem Aktionär eine Machtposition, wie

sie für gemeinnützige Rechte vorausgesetzt wird. Für ein gemeinnütziges Recht spricht auch der Umstand, daß das Entsendungsrecht von mitgliedschaftlichem Interesse getragen sein soll. Dieser Gedanke kommt in § 88 I, II AktG zum Ausdruck. Diese Vorschrift beschränkt das Entsendungsrecht auf bestimmte Aktionäre und auf Inhaber bestimmter vinkulierter Namensaktien. In Frage kommen daher nur solche Mitglieder, die auf längere Zeit oder dauernd ihr Schicksal mit dem der Gesellschaft verbinden. Denn wer bei der ersten besten Gelegenheit seine Mitgliedschaft wieder aufgeben will, der hat kein Interesse an unübertragbaren Rechten oder an Aktien, deren Veräußerung erschwert ist. Die Beschränkung des Rechts auf ständige Mitglieder ist aber zugleich eine Beschränkung auf solche Aktionäre, die ein gesteigertes mitgliedschaftliches Interesse haben. Wer einem Unternehmen dauernd angehört, ist an seinem Wohlergehen viel mehr interessiert als Mitglieder, die nur vorübergehend beteiligt sind. Wir erkennen somit, daß das Entsendungsrecht stets von mitgliedschaftlichem Interesse getragen sein soll. Aus dem Gesagten aber folgt, daß das Entsendungsrecht zu den gemeinnützigen Rechten gehört.

Unter den gemeinnützigen Rechten gibt es besonders ausgeprägte, die den Aktionär zum Gesellschaftsorgan machen. Es fragt sich nun, ob dies auch beim Entsendungsrecht der Fall ist. Zunächst erscheint jedoch eine genaue Erklärung des Organbegriffs erforderlich. Hierbei kann auf die allgemeinen Bestimmungen des BGB, insbesondere auf § 31 zurückgegriffen werden, da die AG ebenso wie der rechtsfähige Verein zu den juristischen Personen gehört. Im Anschluß an die genannte Vorschrift hat sich eine reiche Literatur über das Wesen eines Organs entwickelt. Die Bestimmung des § 31 spricht zwar nicht von „Organen", sondern von „verfassungsmäßigen Vertretern", doch sind beide Ausdrücke gleichbedeutend.

Was heißt nun „verfassungsmäßig"? Das Organ muß durch Gesetz oder Satzung zu seiner Tätigkeit bestellt sein. Darin liegt der wichtige Unterschied gegenüber den sonstigen Angestellten, für die nur im Rahmen des § 831 BGB gehaftet wird. Bedeutungslos ist also die größere oder geringere Selbständigkeit der Willensbildung (vergl. RGZ 53, 276; 62/32). Auch braucht die Bestellung des Organs nicht ausdrücklich angeordnet oder besonders gestattet zu sein. Es genügt, wenn sie im Gesetz oder in der Satzung ihren Grund hat (so RGZ 70, 118;

dagegen RGZ 74, 22). Hierfür sprechen vor allem rechtspolitische Erwägungen. Staudinger (a. a. O. S. 253 Anm. 21 zu § 31) betont mit Recht, daß sonst gerade die schwersten Schadensfälle nicht mehr unter § 31 BGB fielen. Denn sie belasteten regelmäßig nicht die Vertreter der obersten Organstellung, die nach der hier abgelehnten Auffassung noch als verfassungsmäßig berufene Vertreter übrig bleiben.

Was bedeutet „Vertreter"? Mit Rücksicht auf den Ausdruck „Vertreter" sieht das Reichsgericht (RGZ 70/119; 74/22 u. 250) nur Personen mit rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht als Organ bezw. Organträger an. (Dagegen auch RGZ 53/279; 57/38.) Es soll sich also um einen „Vertreter" im technischen Sinn handeln. Diese Auslegung entspricht nicht dem Grundgedanken des § 31 BGB. Er verbietet, daß die juristische Person auf Kosten Dritter ihre Interessen wahrnimmt (vergl. Müller-Erzbach, Iherings Jahrbücher Bd. 73, 138). Man kann aber durch tatsächliches, wie durch rechtsgeschäftliches Handeln seine Interessen wahrnehmen und dabei Dritten Schaden zufügen. Es genügt daher, daß das Organ mit irgendeiner Tätigkeit im Interesse der juristischen Person betraut ist. Damit kommen wir abschließend zu folgender Definition:

> Organ bezw. Organträger ist, wer durch Gesetz oder Satzung berufen ist, die Interessen der juristischen Person wahrzunehmen.

Ist nun der Entsender als Organ im oben bezeichneten Sinn anzusehen? Aus § 88 I Satz 1 ergibt sich, daß die Entstehung des Entsendungsrechts stets eine entsprechende Satzungsbestimmung erfordert. Organ ist ferner nur, wer eine Tätigkeit „für die juristische Person" wahrnimmt. Auch diese Voraussetzung ist in der Person des Entsenders erfüllt. Denn nach § 88 AktG hat er für die Entsendung, Abberufung und Ersetzung einer bestimmten Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern zu sorgen. Er übt eine Funktion aus, die sonst ausschließlich der Hauptversammlung zusteht. Er führt dem Aufsichtsrat einen Teil seiner Mitglieder zu, die er zur Durchführung seiner Aufgaben braucht. Damit dient der Entsender unmittelbar dem ganzen Unternehmen. Man muß ihn daher als Organ im Sinne des § 31 BGB bezeichnen.

Abzulehnen ist daher die Auffassung der maßgebenden Kommentare, die in der vorliegenden Frage eine abweichende

Ansicht vertreten. So sagt z. B. Ritter, (a. a. O., S. 295): Das Gesetz knüpfe mit dem Ausdruck „entsenden" an § 70 des BetriebsräteG vom 4. 2. 1920, Entsendungsgesetz vom 15. 2. 1922 an. Man müsse deshalb auch die Entsendung nach § 88 AktG ähnlich wie diejenige des BetriebsräteG verstehen. Diese Auffassung verkennt, daß zwischen beiden Bestimmungen tiefgehende Unterschiede bestehen, die auch eine verschiedene Behandlung rechtfertigen. Unseres Ermessens gehört der Entsender nach § 88 AktG zu den Organen der Gesellschaft. Denn er ist durch die Satzung berufen, ihre Interessen wahrzunehmen. Demgegenüber erscheint der Entsender des Betriebsrätegesetzes nicht als Gesellschaftsorgan, obwohl seine Stellung auf gesetzlicher Vorschrift beruht. Denn der Betriebsrat sollte ja nicht die Interessen der Gesellschaft, sondern vielmehr die Interessen der Arbeitnehmer eines bestimmten Betriebes vertreten. Die Belange der Gesellschaft und ihrer Arbeiterschaft sind aber keineswegs identisch, obwohl beide an der Erhaltung des Unternehmens interessiert sind. Man denke nur an den unbestreitbaren Interessengegensatz in der Lohnfrage. Die Arbeitnehmer sind mithin im Verhältnis zur Gesellschaft als außenstehende, dritte Personen anzusehen. Ritter hat daher unrecht, wenn er den Entsender nach § 88 AktG mit dem Entsender des BetriebsräteG vergleicht.

2. Das Entsendungsrecht als gemeinnütziges Recht.

b) Folgen.

§ 5.

Als verfassungsmäßiges Organ hat der Entsender auch eine beschränkte Geschäftsführungsmacht. Ihr Umfang bestimmt sich nach § 88 AktG, der nicht nur das subjektive Recht des Entsenders festlegt, sondern gleichzeitig auch seine Kompetenz als Gesellschaftsorgan begrenzt. Darnach hat der berechtigte Aktionär für die Entsendung, Abberufung und Ersetzung einer bestimmten Anzahl von Aufsichtsratsmitgliedern zu sorgen. Die Delegationsbefugnis gibt ihm nicht nur das Recht, den von ihm bestimmten Vertrauensmann zum Organschaftsträger zu machen, sondern auch das Recht zum Abschluß des Anstellungsvertrages. Beide Rechtsgeschäfte sind zwar

wegen der abstrakten Natur der Bestellung zu unterscheiden, gehören aber wirtschaftlich untrennbar zusammen. Erst auf Grund eines Anstellungsvertrages wird nämlich das delegierte Mitglied zu seiner Tätigkeit verpflichtet. Auch nimmt der Entsender hier eine Funktion wahr, die sonst ausschließlich der Hauptversammlung zusteht. Wenn nun die Hauptversammlung den Anstellungsvertrag mit den gewählten Mitgliedern schließt, dann muß der Entsender den Anstellungsvertrag mit den delegierten Mitgliedern abschließen können. Mit der Feststellung der genannten Teilbefugnisse ist die Geschäftsführungsmacht des Entsenders jedoch noch nicht genügend charakterisiert. Vielmehr können sich aus der Satzung oder aus dem Gesetz Einschränkungen ergeben. Letzteres beschränkt die Geschäftsführungsbefugnis in dreifacher Hinsicht: Nämlich nach der Zahl, nach der Persönlichkeit und nach der Vergütung der entsandten Aufsichtsratsmitglieder. Aus § 88 AktG ergibt sich, daß der berechtigte Aktionär nie mehr als ein Drittel aller Aufsichtsratsmitglieder entsenden darf. Zur Begründung wird angeführt, daß der Aufsichtsrat auch in Zukunft Vertrauensorgan aller Aktionäre bleiben müsse. Das aber könne er nur sein, wenn in ihm die gewählten Mitglieder die Oberhand haben (so Schlegelberger, S. 398). Diese Begründung erscheint wenig lebensnah. Denn tatsächlich ist der Aufsichtsrat eben doch nicht Vertrauensorgan aller Aktionäre, sondern eine ausgesprochene Interessenvertretung der Großaktionäre (s. v. Hofmannsthal, Bankarchiv 29/306 ff). Bei der Berechnung der Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern, die nach § 88 AktG entsandt werden dürfen, können sich jedoch Schwierigkeiten ergeben. Es ist z. B. möglich, daß der Aufsichtsrat nach der Satzung aus mindestens 5 und höchstens 10 Mitgliedern bestehen soll. Hier ist mit Ritter (a. a. O., S. 295) anzunehmen, daß die jeweilige Zahl der gewählten Mitglieder maßgebend ist. Diese zahlenmäßige Beschränkung des Entsendungsrechtes verpflichtet sowohl die Hauptversammlung als auch den Entsender zur Einhaltung ihrer beiderseitigen Kompetenzen. Die Hauptversammlung darf die dem Entsender vorbehaltene Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern selbst dann nicht wählen, wenn er die rechtzeitige Ernennung versäumt. (A. A. v. Godin, a. a. O., S. 296.) Denn ein Organ darf nicht in die satzungsmäßige Zuständigkeit eines anderen Organs eingreifen. Gegen ein Hinauszögern der Entsendung ist die Gesellschaft durch die Vorschrift des § 89 AktG geschützt. Darnach ist das Gericht auf Antrag berechtigt und

verpflichtet, die fehlenden Aufsichtsratsmitglieder zu bestellen. Diese Vorschrift bezieht sich auch auf entsandte Mitglieder, da bei ihrem Fehlen gleichfalls ein Bedürfnis nach gerichtlicher Hilfe bestehen kann. Denn die delegierten Mitglieder werden in die gesetzliche Mindestzahl mit eingerechnet. (Vgl. Schlegelberger, a. a. O., S. 402.)

Eine weitere Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnis des Entsenders ergibt sich daraus, daß die entsandten Aufsichtsratsmitglieder gewisse persönliche Voraussetzungen erfüllen müssen, und zwar grundsätzlich die gleichen wie die gewählten Mitglieder. Nicht entsandt werden können demnach juristische Personen (§ 86 II AktG). Denn die Pflichten eines Aufsichtsratsmitgliedes können nur durch die persönliche Tätigkeit einer bestimmten Person erfüllt werden (Schlegelberger, a. a. O., S. 383). Nicht zur Entsendung geeignet sind ferner solche Personen, die bereits in 10 Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien Aufsichtsratsmitglieder sind (§ 86 II AktG). Der Gesetzgeber geht hier mit Recht von der Annahme aus, daß solche Personen ihre Pflicht nicht mehr ordnungsmäßig erfüllen können. Ausgeschlossen ist auch die Entsendung nicht voll geschäftsfähiger Personen. Hierzu gehören einmal die Geschäftsunfähigen, die einen rechtsgeschäftlichen Willen nicht bilden und daher auch nicht Willensorgan der Gesellschaft sein können. Von der h. L. wird jedoch angenommen, daß wenigstens Geschäftsbeschränkte für dieses Amt in Frage kommen. Es ist jedoch Schlegelberger, a. a. O., S. 384 zuzustimmen, wenn er den Hinweis auf § 165 BGB nicht für durchschlagend erachtet und die herrschende Meinung als lebensfremd bezeichnet. Denn die Verhältnisse einer modernen Aktiengesellschaft sind nicht so einfach und übersichtlich, daß jedermann sie überblicken und sich ein selbständiges Urteil bilden kann. Eine gewissenhafte Amtsführung erfordert vielmehr ziemlich erhebliche geistige Qualitäten und längere geschäftliche Erfahrung. Diese Voraussetzungen werden aber bei einem Geschäftsbeschränkten regelmäßig fehlen. Nicht zur Entsendung geeignet sind auch Personen, die zu den Vorstandsmitgliedern oder Angestellten der Gesellschaft gehören (§ 90 AktG). Der Gesetzgeber wollte durch diese Vorschrift die Unabhängigkeit des Aufsichtsrates vom Vorstand sichern. Es fragt sich endlich, ob Selbstentsendung zulässig ist. Dies wird von Ritter (a. a. O., S. 295) bejaht. Dem ist zuzustimmen, da ein erheblicher Interessenkonflikt hier nicht vorzuliegen braucht. Ebenso wie ein Groß-

aktionär sich selbst wählen kann, muß er sich selbst auch in den Aufsichtsrat entsenden können.

Eine dritte gesetzliche Einschränkung der Geschäftsführungsmacht enthält schließlich § 98 AktG. Wir haben bereits gesehen, daß der Entsender den Anstellungsvertrag abschließen kann. Ist nun die Vergütung nicht durch die Satzung festgelegt, so kann der Entsender nach pflichtmäßigem Ermessen eine Vergütung bewilligen. Diese Vergütung muß jedoch nach § 98 AktG mit den Aufgaben des Delegierten und mit der Lage der Gesellschaft in Einklang stehen. Besteht die Vergütung in einer Gewinnbeteiligung, so soll sie nach § 98 IV AktG in einem angemessenen Verhältnis stehen zu den Aufwendungen zu Gunsten der Gefolgschaft oder von Einrichtungen, die dem gemeinen Wohl dienen.

Außer den gesetzlichen Beschränkungen der Geschäftsführungsmacht des Entsenders sind vor allem auch satzungsmäßige denkbar. Denn wenn es der Satzung überhaupt freisteht, ob sie das Entsendungsrecht gewähren will, dann muß sie grundsätzlich auch das Recht haben, es nach Gutdünken zu begrenzen. Insbesondere kann die Satzung anordnen, daß der Entsender weniger als ein Drittel aller Aufsichtsratsmitglieder entsenden kann. Anders als bei den gewählten Mitgliedern kann die Satzung auch weitgehende Anforderungen an die Person des Entsandten stellen. Möglich ist z. B. die Bestimmung, daß nur deutsche Staatsangehörige, nur Männer oder nur Personen mit bestimmter Vorbildung zu entsenden sind.

Für die Sorgfalt, die der Entsender bei Ausübung seines Amtes zu zeigen hat, gelten die §§ 84, 99 AktG entsprechend. Zwar gehört der Entsender weder dem Vorstand noch dem Aufsichtsrat an, aber er hat die wichtige Funktion, einen Teil der Aufsichtsratsmitglieder zu bestellen. Er ist gleichfalls Organ. Folglich hat er ebenfalls bei seiner eng begrenzten Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes anzuwenden. Es steht auch nicht in seinem Belieben, ob er von seinem Entsendungsrecht Gebrauch machen will (anders v. Godin, a. a. O., S. 296). Denn die Nichtausübung des Rechts könnte für die Gesellschaft nachteilige Folgen haben. Insbesondere könnte die Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrates in Frage gestellt sein, da die entsandten Mitglieder in die erforderliche Mindestzahl mit eingerechnet sind. Weiterhin ist die

Gesellschaft auch deswegen an der Rechtsausübung interessiert, weil der Delegierte eine wichtige Funktion für sie zu erfüllen hat. Endlich müssen auch klare Verhältnisse bestehen. Die Gesellschaft darf nicht im Ungewissen bleiben, ob das Recht tatsächlich ausgeübt wird. Der Entsender ist aber wie ein ordentlicher Geschäftsmann verpflichtet, im Rahmen seiner Kompetenz die Gesellschaft vor Schaden zu schützen. Er haftet daher nach den §§ 84, 99 AktG (in entsprechender Anwendung), wenn die Gesellschaft durch schuldhafte Unterlassung oder Verzögerung der Entsendung geschädigt wird. Ebenso kann es nicht im freien Belieben des Entsenders stehen, welche Person er entsenden will. Die Auswahl des Vertrauensmannes steht vielmehr in seinem pflichtmäßigen Ermessen. Insbesondere hat er sorgfältig zu prüfen, ob der Delegierte zu seinem Vertrauensposten auch geeignet ist. Ebenso hat er den Delegierten unverzüglich abzuberufen, wenn dessen Unzuverlässigkeit sich nachträglich herausstellt. Verletzt er diese Pflicht, so macht er sich gleichfalls nach AktG §§ 84, 99 (in entsprechender Anwendung) haftbar.

Nicht verantwortlich ist der Entsender dagegen für Verfehlungen, die sich die ordnungsmäßig ausgewählte Person in ihrer Vertrauensstellung zuschulden kommen läßt. Vorausgesetzt ist dabei natürlich, daß der Entsender nicht selbst schuldhaft mitgewirkt hat. Eine solche Haftung würde sich auch durch nichts begründen lassen, denn die selbständige Stellung der entsandten Aufsichtsratsmitglieder, die in den folgenden Abschnitten noch ausführlich dargelegt werden soll, macht dem Entsender eine dauernde wirksame Kontrolle des entsandten Aufsichtsratsmitgliedes unmöglich. Der untrennbare Zusammenhang zwischen Herrschaft und Haftung verbietet aber, eine Person für solchen Schaden haftbar zu machen, dessen Abwendung ihr unmöglich ist. Hat der Entsender dagegen selbst schuldhaft mitgewirkt, so kommen die allgemeinen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen in Frage, insbesondere BGB § 830, außerdem § 101 AktG.

Vertretungsmacht ist zwar kein wesentliches Merkmal eines verfassungsmäßigen Organs. Man wird aber dem Entsender eine gewisse, freilich eng begrenzte Vertretungsmacht nicht absprechen können. Denn eine solche Vertretungsmacht gibt ihm erst die Möglichkeit, sein Recht zu verwirklichen. Der Geschäftskreis des Entsenders umfaßt nach § 88 AktG die Entsendung, Abberufung und Ersetzung von Aufsichtsratsmitglie-

dern. Einschränkungen seiner Geschäftsführungsmacht können sich aus anderen gesetzlichen Bestimmungen und aus der Satzung ergeben. Ebenso weit wie diese Geschäftsführungsmacht erstreckt sich im Zweifel auch seine Vertretungsmacht. Vertretungsmacht bedeutet, daß Willenserklärungen, die der Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirken. Wenn also der Entsender einen Vertrauensmann zum Aufsichtsratsmitglied ernennt, so wird dieser durch jene Erklärung unmittelbar zum Organschaftsträger der Gesellschaft gemacht. Zugleich gilt der durch die Annahme des Entsandten zustande gekommene Anstellungsvertrag unmittelbar für und gegen die Gesellschaft. Im vorhergehenden Abschnitt wurde bereits dargetan, daß gegen die Selbstentsendung grundsätzlich nichts einzuwenden ist. In diesem Fall darf aber der Entsender nicht auch die Bedingungen seines Anstellungsvertrages, insbesondere seine Vergütung selbständig festlegen. Hier würde sich ein Interessenkonflikt ergeben, der unter § 181 BGB fällt. Darnach kann ein Vertreter nicht im Namen des Vertretenen mit sich selbst ein Rechtsgeschäft abschließen.

3. Das Entsendungsrecht als Sonderrecht.

a) Begründung.

§. 6.

Wir haben gesehen, daß die Mitgliedschaftsrechte in selbstnützige und gemeinnützige Rechte zerfallen. Beide können allen Mitgliedern zustehen oder auch nur einzelnen. Beide können allgemeine Mitgliedschaftsrechte oder Sonderrechte sein. Es fragt sich nun, ob das Entsendungsrecht ein Sonderrecht ist. Zur Lösung dieses Problems erscheint eine genaue Festlegung der Merkmale eines Sonderrechts erforderlich. Der Ausdruck „Sonderrecht" findet sich in der Bestimmung des § 35 BGB, deren Wortlaut jedoch nicht eindeutig erkennen läßt, was hierunter zu verstehen ist.

Eine Auffassung, die namentlich von Staub, a. a. O., S. 326, § 250 Anm. 9, vertreten wird, sieht das Merkmal der Sonderrechte in ihrer Unentziehbarkeit. Letztere setze voraus, daß die betreffende Vorschrift wesentliche Interessen der Aktio-

näre schützen solle, insbesondere ihr Interesse an gleichmäßiger Behandlung sowie an Mitgenuß und Mitverwaltung. Da Staub allein die Unentziehbarkeit für entscheidend hält, so macht er keinen Unterschied, ob das fragliche Recht allen Aktionären oder nur einzelnen von ihnen zusteht. Er kennt also auch Sonderrechte, die allen Aktionären gemeinsam sind.

Andere hingegen wollen das Kennzeichen der Sonderrechte in dem individuellen Nutzen sehen, den sie den berechtigten Mitgliedern gewähren. Diese Auffassung, die bereits von O. v. Gierke entwickelt wurde, fand ihren endgültigen Ausdruck bei Oertmann (Kommentar zum BGB § 35) und in einer Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 68, 211; RGRK S. 53, § 35). Darnach muß jeweils geprüft werden, ob das fragliche Recht dem Mitglied in seinem privaten Interesse oder im Interesse der Körperschaft verliehen ist. Die selbstnützigen Rechte werden als unentziehbar und als Sonderrecht bezeichnet. Bei den gemeinnützigen Rechten sei dagegen durch sorgfältige Auslegung festzustellen, ob ihre Unentziehbarkeit beabsichtigt war. Diese Anschauung führt ebenfalls zur Anerkennung von Sonderrechten im Sinne von allgemeinen Mitgliedschaftsrechten.

Viel Anklang hat auch die Auffassung Gadows (Die Sonderrechte der Körperschaftsmitglieder bei Gruchot 66, 514) gefunden. Darnach sind die Sonderrechte solche Mitgliederrechte, die auf dem Erwerb der Mitgliedschaft und auf hinzutretenden positiven oder negativen Umständen beruhen, die nicht allen Mitgliedern notwendig gemein sind, mögen sie nun verschieden oder gleich sein. Nach Gadows Ansicht sind als Sonderrechte auch solche Rechte anzusehen, die allen Mitgliedern einer Korporation über die gesetzlich notwendigen Rechte hinaus zustehen.

Die herrschende Meinung erkennt als Sonderrechte nur diejenigen Rechte an, die nicht allen Mitgliedern einer Korporation ohne weiteres schon kraft ihrer Mitgliedschaft zustehen (Müller-Erzbach, Das Deutsche Handelsrecht, S. 291). Sie stellt die allgemeinen Mitgliedschaftsrechte vielmehr gerade in Gegensatz zu den Sonderrechten, versteht unter letzteren nur Vorrechte, die allein einem Mitglied oder lediglich einer Gruppe von Mitgliedern zustehen (so RGZ 57, 174; 80, 389; 104, 256).

Diese zuletzt genannte Auffassung erscheint u. E. allein zutreffend. Für sie sprechen namentlich zwei Gründe: Einmal darf man die Wortfassung des § 35 BGB nicht vollständig außer

acht lassen; wenn er von Sonderrechten handelt, so kann man hieraus nicht gerade das Gegenteil machen, nämlich allgemeine Mitgliedschaftsrechte. Vor allem spricht aber für die Richtigkeit der herrschenden Meinung ein innerer Grund. Denn der durch § 35 BGB angeordnete Ausschluß des Mehrheitsprinzips ist nur bei Vorrechten, nicht aber bei allgemeinen Mitgliedschaftsrechten zu verstehen und zu rechtfertigen. Grundsätzlich gilt nämlich das Mehrheitsprinzip, wenn die betreffende Frage alle Mitglieder gleichmäßig betrifft. Hier kann man mit Recht annehmen, daß sich die Mitglieder bei der Abstimmung vom Wohle der Gesellschaft leiten lassen, da die Interessen aller dahin gehen. Es bedeutet also für die Minderheit keine Unbilligkeit, wenn sie sich dem Mehrheitsbeschluß beugen muß. Da nun die Begründung und Aufhebung allgemeiner Mitgliedschaftsrechte alle Mitglieder ohne Unterschied betrifft, so besteht bei solchen Rechten auch eine Gleichrichtung der Interessen. Sie unterliegen daher stets dem Mehrheitsprinzip, sofern nicht ihre Unentziehbarkeit durch besondere gesetzliche Bestimmungen verbürgt ist. Anders bei den Vorrechten. Diese fallen aus dem Rahmen der Interessengemeinschaft, weil ihre Begründung oder Aufhebung einen Teil der Mitglieder einseitig berechtigt oder belastet. Daher eignen sich auch die Vorrechte im Gegensatz zu den allgemeinen Mitgliedschaftsrechten nicht für Mehrheitsentscheidungen. Die Ausschaltung des Mehrheitsprinzips in § 35 BGB läßt also erkennen, daß allein die Vorrechte Sonderrechte sind.

Abzulehnen ist hiernach die Auffassung, welche die Unentziehbarkeit als wesentliches Merkmal ansieht. Es trifft zwar zu, daß Sonderrechte unentziehbar sind. Diese Anschauung verkennt aber, daß es Rechte gibt, deren Existenz zwar nicht durch ihre Sonderrechtsnatur, wohl aber durch andere zwingende Gesetzesvorschriften garantiert wird. V. Tuhr a. a. O., S. 253 bemerkt richtig, daß § 35 BGB ein absolut nichtssagender Rechtsatz wäre, wenn man unentziehbare Rechte und Sonderrechte gleichsetzen wollte. Die Vorschrift würde dann nur besagen, daß die unentziehbaren Rechte Sonderrechte heißen, aber keine Auskunft geben, welche Rechte hierzu gehören.

Abzulehnen ist weiter die Anschauung, welche die Selbstnützigkeit für entscheidend hält. Denn auch sie erkennt Sonderrechte im Sinne von allgemeinen Mitgliedschaftsrechten an. Nach richtiger Auffassung können also auch gemeinnützige

Rechte unter den Sonderrechtsbegriff fallen (so mit Recht Alfred Schultze, a. a. O.).

Abzulehnen ist endlich die Auffassung Gadows, weil sie gleichfalls Sonderrechte zuläßt, die allen Mitgliedern zustehen.

Wir kommen hiernach zu folgender Definition, die wir unserer Untersuchung über die Sonderrechtsnatur des Delegationsrechts zugrunde legen wollen.

> Das Sonderrecht ist ein satzungsmäßig festgelegtes Mitgliedschaftsrecht, das sich als Vorrecht eines einzelnen Aktionärs oder eine Gruppe von Aktionären darstellt.

Es fragt sich nun, inwieweit diese Voraussetzungen bei dem Entsendungsrecht des § 88 AktG gegeben sind. Zur Sonderrechtseigenschaft wird also zunächst gefordert, daß das fragliche Recht in der Satzung verankert ist. Dieses Merkmal zeigt auch das Delegationsrecht. Denn § 88 AktG bestimmt ausdrücklich, daß das Entsendungsrecht von der Satzung eingeräumt wird. Ein Entsendungsrecht ohne diese Voraussetzung ist demnach nicht denkbar. Weiterhin muß das Sonderrecht auf der Mitgliedschaft der Person beruhen, der es zusteht. Es kann also nicht als Drittrecht oder Gläubigerrecht begründet werden. In einem der früheren Abschnitte (II A 1 a) wurde bereits dargelegt, daß das Entsendungsrecht stets nur als Mitgliedschaftsrecht denkbar ist. Wir können also feststellen, daß auch diese dritte Voraussetzung vorliegt. Schließlich muß das Sonderrecht ein Vorrecht eines einzelnen Aktionärs oder einer Gruppe von Aktionären sein. Auch dies ist beim Entsendungsrecht der Fall. Denn letzteres ergibt sich nicht ohne weiteres für alle Mitglieder aus der Mitgliedschaft. Es steht vielmehr nur bestimmten Aktionären oder den Inhabern bestimmter vinkulierter Namensaktien zu, denen es ausdrücklich eingeräumt ist. Das Entsendungsrecht zeigt mithin alle Merkmale eines Sonderrechts.

Die Vorschrift des § 11 AktG bestimmt, daß einzelne Gattungen von Aktien verschiedene Rechte haben können. Damit ist gesagt, daß das wesentliche Merkmal einer Aktiengattung in der Rechtsverschiedenheit gegenüber den anderen Aktien besteht. Diese Voraussetzung liegt aber nur dann vor,

wenn die mit den Aktien verbundenen Mitgliedschaftsrechte eine Verschiedenheit aufweisen. Es muß sich also um besondere Nachteile oder um besondere Vorteile oder Vorrechte handeln. Wenn man nun das Entsendungsrecht auf diese Voraussetzungen hin prüft, so ergibt sich, daß der Inhalt der Mitgliedschaft durch die Gewährung des Delegationsrechtes verändert wird. Wir erkennen also, daß das Entsendungsrecht sowohl die Voraussetzungen eines Sonderrechts wie die eines Gattungsvorrechts erfüllt.

Sind nun für das Entsendungsrecht die Regeln über Sonderrechte oder die Vorschriften über Gattungsvorrechte maßgebend? Für das frühere Recht bestreitet Düringer-Hachenburg (Komm. 3. Aufl. 1933 § 250 S. 6 b Anm. 8) mit Rücksicht auf HGB § 275 III, 278 II, daß es Sonderrechte der Aktionäre im Sinne von Vorrechten gibt. (Ebenso Soergel a. a. O. S. 49 § 35.) Er hält die Regeln über Gattungsvorrechte offenbar für Spezialvorschriften gegenüber § 35 BGB. Diese Auffassung, die schon damals mit Recht bestritten war, ist heute jedenfalls gänzlich abzulehnen. § 11 AktG, der dem § 185 HGB entspricht, enthält ja nur eine Definition der Gattungsvorrechte. Weder § 11 AktG noch irgend eine andere Bestimmung läßt erkennen, daß der Gesetzgeber Sonderrechte eines einzelnen Aktionärs ausschließen wollte. Vielmehr ist gerade der Vorschrift des § 88 AktG heute das Gegenteil zu entnehmen. Für einen solchen Ausschluß von Sonderrechten fehlte auch jeder vernünftige Grund. Man muß daher annehmen, daß das Aktiengesetz sowohl Gattungsvorrechte wie Sonderrechte zuläßt. Die Vorschrift des § 88 III AktG sagt nun, zu welcher Gruppe das Entsendungsrecht gehört. Sie bestimmt, daß diejenigen Aktien nicht als besondere Gattung gelten, deren Inhaber das Entsendungsrecht zusteht. Zum Verständnis dieser Vorschrift muß man sich ihren rechtspolitischen Zweck klarmachen, den der Gesetzgeber hier verfolgte. Er wollte nicht etwa zum Ausdruck bringen, daß dem Entsendungsrecht die begrifflichen Merkmale eines Gattungsvorrechtes fehlen. Denn daß diese vorhanden sein können, ist nicht zu bestreiten. Er wollte vielmehr gewisse Wirkungen der Gattungsvorrechte ausschließen und dadurch die Schlagkraft des Unternehmens erhöhen. Zwar bedeutet die für Gattungsvorrechte gegebene Möglichkeit der Majorisierung an sich eine Erleichterung gegenüber § 35 BGB. Trotzdem ist die Delegationsbefugnis nicht als Gattungsvorrecht ausgestaltet, weil sonst bei vielen Beschlüssen, die das Entsendungsrecht gar nicht berühren,

Sonderabstimmungen erforderlich wären. Insofern würde natürlich der Geschäftsgang unnötig erschwert. (Vergl. Schlegelberger a. a. O. S. 399). Die Interessen des Entsenders sind hinreichend geschützt durch § 35 BGB.

Die Auffassung, daß das Entsendungsrecht zu den Sonderrechten gehört, wird auch von den maßgebenden Kommentaren geteilt. So betont z. B. Ritter, a. a. O., S. 328, daß hier ein Sonderrecht im Sinn des § 35 BGB vorliegt. Schlegelberger, a. a. O., S. 399, begnügt sich mit der Feststellung, daß das Entsendungsrecht unentziehbar sei, ohne den eigentlichen Grund hierfür zu nennen.

3. Das Entsendungsrecht als Sonderrecht.

b) Folgen.

§ 7.

Die Folgen der Sonderrechtsnatur ergeben sich aus § 35 BGB. Darnach können Sonderrechte eines Mitglieds nicht ohne dessen Zustimmung durch Beschluß der Mitgliederversammlung beeinträchtigt werden. Um die Bedeutung dieser Vorschrift für das Entsendungsrecht zu verstehen, muß man den rechtspolitischen Zweck des § 35 BGB erkennen. Wir haben an anderer Stelle bereits dargetan, daß § 35 BGB eine Einschränkung des Mehrheitsprinzips darstellt. Letzteres soll dann nicht gelten, wenn der betreffende Beschluß aus dem Rahmen der Interessengemeinschaft herausfallen würde. Ein solcher Interessengegensatz liegt namentlich dann vor, wenn ein Teil der Mitglieder auf Kosten der anderen ein Vorrecht erlangt; aber auch dann, wenn einzelnen Mitgliedern Sondernachteile zu Gunsten der anderen auferlegt werden. Ein Sondervorteil bestimmter Aktionäre erscheint gleichzeitig als Sondernachteil der übrigen Aktionäre, denen das Recht nicht zusteht. Beide Begriffe haben also nur relativen Wert. Es kommt jeweils auf den Standpunkt des Beurteilers an. Wenn nun sowohl Sondervorteile wie Sondernachteile zum gleichen Ergebnis, nämlich zu einem Interessengegensatz unter den Mitgliedern, führen, dann müssen beide Fälle auch gleich behandelt werden. Demgemäß kann man aus § 35 BGB durch Um-

kehrschluß einen weiteren Rechtssatz gewinnen: Auch Sondernachteile dürfen einem Mitglied nicht ohne seine Zustimmung auferlegt werden. Wir erkennen also, daß § 35 BGB größere Bedeutung hat, als es zunächst scheint. Er lehrt, daß der unter den Mitgliedern einmal bestehende Rechtszustand nicht willkürlich geändert werden darf. Er bestimmt, daß die Voraussetzungen für den Erwerb und Verlust von Rechten für alle Mitglieder gleich sein müssen (Müller-Erzbach, Das deutsche Handelsrecht, S. 180). Da § 35 BGB aber nur den Schutz der benachteiligten Mitglieder im Auge hat, so kann von einer gleichmäßigen Behandlung abgesehen werden, wenn sie ihre Zustimmung erteilen.

Welche Bedeutung haben nun die eben entwickelten Grundsätze für die Delegationsbefugnis, deren Sonderrechtsnatur von uns behauptet und begründet wurde? Maßgebend sind sie schon bei Entstehung des Entsendungsrechts. Damit erlangt nämlich der betreffende Aktionär eine Ausnahmestellung, während die übrigen einen Sondernachteil erleiden. Dieser Sondernachteil besteht in einer Beschränkung des Wahlrechts der übrigen Aktionäre. Zur Begründung des Entsendungsrechts ist demnach die Zustimmung aller übrigen nicht bevorrechtigten Aktionäre erforderlich, und zwar die Zustimmung jedes einzelnen.

Dies führt bei großen Aktiengesellschaften praktisch dahin, daß Delegationsrechte nach § 88 AktG nur im Gründungsstadium entstehen können. Denn in diesem Zeitpunkt befinden sich die Aktien noch in wenigen Händen, namentlich im Besitz der sogenannten Emissionsbanken, sodaß die Zustimmung jedes Einzelnen noch erlangt werden kann. Später hingegen, wenn der Aktienbesitz weithin verstreut ist, läßt sich diese gesetzliche Voraussetzung wohl in den seltensten Fällen erzielen. Eine Ausnahme bilden die sogenannten Familiengesellschaften, bei denen der Aktienbesitz auf wenige Personen verteilt ist. Hier wird es auch nach der Gründung möglich sein, die zur Entstehung des Rechts erforderliche Zustimmung der benachteiligten Aktionäre zu erlangen.

Es kann weiterhin sein, daß die satzungsmäßigen Voraussetzungen des Entsendungsrechts geändert werden. Auch hier ist jeweils die Zustimmung des Benachteiligten zur Rechtswirksamkeit des Hauptversammlungsbeschlusses erforderlich. Es fragt sich jedoch, wer bei solchen Änderungen

des Entsendungsrechts als Benachteiligter anzusehen ist. Das läßt sich nicht allgemein beantworten. Man muß vielmehr zwei Fälle unterscheiden. Es kann sein, daß bisherige Beschränkungen des Delegationsrechts, wie sie ja zulässig sind, in Zukunft wegfallen sollen. Damit tritt auf der einen Seite eine Besserstellung des Entsenders und einer Erweiterung seines Rechts ein. Auf der anderen Seite verschlechtert sich die Rechtsstellung der übrigen Aktionäre. Diese müssen also bei einer Erweiterung des Entsendungsrechts als Benachteiligte ihre Zustimmung erteilen. Im umgekehrten Fall bei einer Beschränkung des Entsendungsrechts ist die Zustimmung des Entsenders erforderlich. Das gleiche gilt für einen Hauptversammlungsbeschluß, der das Entsendungsrecht ganz aufhebt.

Es kann sein, daß die zur Begründung, Änderung oder Aufhebung des Entsendungsrechts erforderliche Zustimmung fehlt. Es fragt sich dann, welche Wirkung ein derartiger Hauptversammlungsbeschluß hat. Nichtigkeit kommt nicht in Frage, weil der Beschluß nicht gegen die in § 195 AktG bezeichneten allgemeinen Interessen verstößt. Auch Anfechtbarkeit ist abzulehnen, weil die Hauptversammlung zur Beschlußfassung über Sonderrechte befugt ist. Es fehlt daher an einer Verletzung des Gesetzes oder der Satzung. Zutreffend erscheint daher die Ansicht von Hueck, der in diesem Fall schwebende Unwirksamkeit annimmt (vgl. Recht der Generalversammlungsbeschlüsse, S. 27; Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen, S. 72 ff.). Der Schwebezustand dauert so lange, bis der Benachteiligte seine Zustimmung erteilt. Steht andererseits die Verweigerung der Zustimmung fest, so tritt endgültige Unwirksamkeit ein.

Die Unangreifbarkeit des Entsenders wirkt sich zu Gunsten der Gesellschaft dahin aus, daß sie eine gewisse Stetigkeit und Kontinuität der Verwaltung gewährleistet. Denn die Übertragung größerer Aktienpakete, die neue Mehrheitsverhältnisse bedingt, kann zur Neubesetzung der Vorstands- und Aufsichtsratsposten führen. Die Nachteile, die sich aus so plötzlichen Umstellungen ergeben, werden jedenfalls gemildert, wenn wenigstens die entsandten Mitglieder ihre Geschäfte fortführen. Freilich darf nicht verkannt werden, daß auf diese Weise auch Spannungen im Aufsichtsrat entstehen können. So namentlich, wenn der berechtigte Großaktionär seinen Aktienbesitz bis auf einige wenige Stücke veräußert.

Die Unangreifbarkeit des Entsenders wirkt sich dann sehr nachteilig aus, wenn er sein Recht mißbraucht. Theoretisch kann die Gesellschaft zwar den Entsender haftbar machen (§ 101 AktG), tatsächlich ist es aber gar nicht so einfach, die Klagerhebung gegen den Willen eines mächtigen Großaktionärs durchzusetzen. Außerdem könnte die Gesellschaft das ungeeignete Aufsichtsratsmitglied durch das Gericht abberufen lassen (§ 88 IV. S. 2 AktG). Die Durchsetzung dieses Rechts begegnet jedoch den gleichen Schwierigkeiten. Darüber hinaus aber gibt es keine Möglichkeit, einen fortgesetzten Mißbrauch des Entsendungsrechts zu verhindern. Alfred Schultze (Iherings Jahrb. Bd. 75 S. 455) hält allerdings eine Beschränkung der Unentziehbarkeit für unumgänglich, wenn das Sonderrecht den Aktionär zum Gesellschaftsorgan erhebt. Er schlägt vor, der juristischen Person eine Klage auf Entziehung der sonderrechtlichen Organstellung durch gerichtliche Entscheidung zu gewähren. Es würde sich dabei um eine Rechtsgestaltungsklage handeln, die der in § 117 HGB gegen den Gesellschafter einer OHG auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis gegebenen Klage entspricht. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. Denn die Verhältnisse bei der OHG und bei der Aktiengesellschaft sind doch zu verschieden, als daß man sich mit einer analogen Anwendung des § 117 HGB helfen könnte. Ein anderer Weg, der die Gesellschaft aus dieser Schwierigkeit befreit, ist nicht ersichtlich. Man muß es also dem Gesetzgeber überlassen, hier Abhilfe zu schaffen.

Soll ein Delegationsrecht nach § 88 AktG begründet, geändert oder aufgehoben werden, so ist die Zustimmung der Benachteiligten eine wichtige, aber nicht die einzige Voraussetzung. Es müssen vielmehr auch die Regeln beachtet werden, die das Aktiengesetz in den §§ 145, 146, 148 für Verfassungsänderungen aufstellt. Darnach ist zu allen Satzungsänderungen, die durch das Entsendungsrecht bedingt werden, ein Beschluß der Hauptversammlung notwendig (§ 145 I AktG). Es muß aber beachtet werden, daß § 35 BGB der Bestimmung in § 146 I AktG vorgeht. Es genügt also nicht, wenn der Beschluß mit Dreiviertelmehrheit gefaßt wird, denn in jedem Fall ist die Zustimmung des oder der Benachteiligten erforderlich. Aber selbst wenn diese Voraussetzung vorliegt, wird der Beschluß nicht wirksam, bevor er nicht beim Gericht angemeldet und im Handelsregister eingetragen ist (§ 148 I, III AktG). Die Eintragung solcher

Satzungsänderungen hat also konstitutive Wirkung. Das Entsendungsrecht endet also wenigstens dann nicht durch einfachen Verzicht, wenn darin gleichzeitig eine Satzungsänderung liegt. In diesem Fall würde der Entsender seine Organstellung behalten bis die Aufhebung im Handelsregister eingetragen ist.

Im vorhergehenden Abschnitt haben wir gesehen, welche Folgen sich positiv aus der Sonderrechtsnatur der Delegationsbefugnis ergeben. Bemerkenswert sind auch die negativen Wirkungen von § 88 III AktG. Um die Schlagkraft der Gesellschaft zu erhöhen, erklärt er alle Bestimmungen über Gattungsvorrechte für unanwendbar. Damit entfallen auch die schon erwähnten Sonderabstimmungen. Ihr Ausschluß zeigt sich namentlich bei Satzungsänderungen (§ 146 II AktG). Hier gilt für das Entsendungsrecht folgendes: Bezieht sich die Satzungsänderung auf das Entsendungsrecht, so ist die Zustimmung jedes einzelnen Betroffenen erforderlich. Bezieht sie sich aber auf andere Dinge, so bedarf es weder der Einzelzustimmung noch einer Sonderabstimmung der Delegationsberechtigten. Ausgeschlossen sind ferner die Sonderabstimmungen bei der Kapitalserhöhung nach § 149 II AktG, bei der bedingten Kapitalserhöhung nach § 160 I Satz 2, bei der Ermächtigung zur Kapitalserhöhung nach § 169 II Satz 3, bei der Kapitalsherabsetzung nach § 175 II und endlich bei der vereinfachten Kapitalsherabsetzung nach § 182 AktG. Gleichzeitig damit entfällt auch das Erfordernis der Einzelzustimmung des Delegationsberechtigten. Das ist wohl dem § 88 Abs. III. zu entnehmen. Auch im übrigen werden die Entsender nicht zu einer besonderen Gruppe oder Gattung zusammengefaßt, die einer Sonderbehandlung unterliegt. Dies zeigt sich namentlich in dem Ausschluß folgender Bestimmungen: § 16 III Nr. 4, § 30 II Nr. 2, § 33 I Nr. 1, § 37 II, § 110 I, § 114 II Satz 5, § 131 I B 1 AktG.

B. Die Funktion des Entsendungsrechts.

1. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem entsandten AR-Mitglied und der Gesellschaft.

a) Entstehung der Rechtsbeziehungen zwischen dem entsandten AR-Mitglied und der Gesellschaft.

§ 8.

Die Funktion des Entsendungsrechts zeigt sich darin, daß es verschiedenartige Rechtsbeziehungen schafft. So entsteht namentlich ein Rechtsverhältnis zwischen dem entsandten Mitglied und der Gesellschaft. Denn der Delegierte bekleidet einen wichtigen Vertrauensposten, der ihn zur Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen verpflichtet. Über das Wesen dieser Rechtsbeziehung herrscht jedoch Unklarheit. Die herrschende Meinung (siehe Schlegelberger, a. a. O., S. 399) behauptet, daß die entsandten Aufsichtsratsmitglieder im Gegensatz zu den gewählten in keinem vertraglichen Verhältnis zur Gesellschaft ständen. Ihre Rechte und ihre Pflichten gegenüber der Aktiengesellschaft beschränkten sich daher auf die sich aus dem Gesetz ergebenden. Zur Begründung dieser Auffassung beruft man sich auf die angeblich analogen Vorschriften des Betriebsrätegesetzes, nach denen der Entsandte zur Gesellschaft in einem gesetzlichen Verhältnis gestanden habe. Es wurde an anderer Stelle darauf hingewiesen, daß zwischen beiden Bestimmungen eine erhebliche Verschiedenheit besteht. Daher müssen sich auch Zweifel ergeben, ob die Auffassung der maßgebenden Kommentare zutrifft. Die Beantwortung dieser Frage hängt entscheidend davon ab, wie man die Rechtsstellung des Entsenders auffaßt. Wenn man ihn mit der h. L. als eine Person auffaßt, die von außen her in den Organismus der Gesellschaft eingreift, dann ist freilich nicht einzusehen, wie ein vertragliches Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Entsandten entstehen soll. Wir gehen von anderen Erwägungen aus und müssen demgemäß auch zu anderen Ergebnissen kommen. Nach unserer Auffassung nimmt der Entsender eine Funktion wahr, die sonst der Hauptver-

sammlung ausschließlich zusteht. Er erfüllt damit alle Voraussetzungen eines Organs im Sinne von § 31 BGB. In dieser Eigenschaft hat er beschränkte Geschäftsführungsmacht nach innen und im Rahmen seiner Kompetenzen auch Vertretungsmacht nach außen. Wenn nun der berechtigte Aktionär seinen Vertrauensmann in den Aufsichtsrat entsendet und ihn damit zum Organschaftsträger macht, so wirkt dieses Rechtsgeschäft unmittelbar für und gegen die Gesellschaft. Es fragt sich jedoch, ob auch ein Anstellungsvertrag zwischen Gesellschaft und entsandtem AR-Mitglied zustande kommt. Ein Vertrag setzt übereinstimmende Willenserklärungen zweier Personen voraus. In unserem Fall ist die Willenserklärung der Gesellschaft enthalten in der Aufforderung ihres Organs an den Entsandten, das Amt eines Aufsichtsratsmitglieds zu übernehmen. Die Willenserklärung des Entsandten liegt dagegen in seiner Zustimmung, durch die er sich bereit erklärt, die ihm übertragene Funktion wahrzunehmen. Beide Willenserklärungen sind auch übereinstimmend auf denselben Erfolg gerichtet. Dieser besteht darin, daß die entsandte Person als Aufsichtsratsmitglied tätig wird. Wir nehmen also ein regelrechtes Vertrags- und Anstellungsverhältnis zwischen Gesellschaft und entsandtem Aufsichtsratsmitglied an, da wir von anderen Voraussetzungen als die herrschende Lehre ausgehen.

Welcher Art sind nun diese vertraglichen Beziehungen? Es handelt sich um ein Vertragsverhältnis eigener Art, das auf die Erfüllung der Pflichten eines Aufsichtsratsmitglieds gerichtet ist. Maßgebend sind in erster Linie natürlich die Vorschriften des Aktiengesetzes über den Aufsichtsrat. Als wichtige Ergänzung kommen die Bestimmungen über den Auftrag, den Dienstvertrag und die Geschäftsbesorgung in Betracht. Welche Vorschriften im einzelnen anwendbar sind, bestimmt sich darnach, ob der Entsandte eine Vergütung zu fordern hat. Leistet er seine Tätigkeit entgeltlich, so gelten die Regeln des Dienstvertrages, sonst die des Auftrags. Aber auch im ersteren Fall kommen doch wenigstens einige Vorschriften über den Auftrag zur Anwendung. Dies wird ausdrücklich bestimmt durch § 675 BGB. Seine Voraussetzungen liegen vor, weil die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied jedenfalls als Geschäftsbesorgung anzusehen ist. Die entsandten Mitglieder unterscheiden sich von den gewählten also im wesentlichen nur dadurch, daß sie von verschiedenen Organen in ihr Amt berufen sind.

b) Inhalt der Rechtsbeziehungen zwischen dem entsandten AR-Mitglied und der Gesellschaft.

§ 9.

Wenn die entsandten Aufsichtsratsmitglieder ebenso wie die gewählten mit der Gesellschaft in vertraglichen Beziehungen stehen, müssen sie grundsätzlich auch die gleiche Rechtsstellung haben. Nachdem dies festgestellt ist, wollen wir uns der Betrachtung ihrer einzelnen Rechte und Pflichten zuwenden.

Unter den Rechten der entsandten Mitglieder ist vor allem ihr Vergütungsanspruch gegen die Gesellschaft streitig. Nach herrschender Lehre ist er abzulehnen (vgl. Schlegelberger, a. a. O., S. 400; und Ritter, a. a. O., S. 296). Ritter schreibt hierüber folgendes: „Rechte, insbesondere Vergütungsansprüche, hat er (der Entsandte) gegen die Gesellschaft nur, soweit sie sich aus dem Gesetz ergeben oder ihm besonders eingeräumt sind. Das Gesetz, auf dem das Mitgliedsverhältnis ja beruht, gewährt ihm kein Vergütungsrecht, insbesondere nicht § 98 AktG." Wir müssen dagegen zu anderen Ergebnissen kommen, da wir ein Vertragsverhältnis zwischen Gesellschaft und entsandtem Mitglied annehmen. Ein Anspruch auf Vergütung kann zunächst beruhen auf einer Satzungsbestimmung, die das Entgelt der Aufsichtsratsmitglieder allgemein festsetzt. Eine solche Anordnung gilt im Zweifel auch für die entsandten Mitglieder. Fehlt eine solche Bestimmung, so fragt es sich, ob der Entsender irgendeine Vereinbarung über die Vergütung getroffen hat. Hierzu ist er grundsätzlich berechtigt, da ihm die Entsendung einer bestimmten Anzahl von Aufsichtsratsmitgliedern ausschließlich zusteht. Maßgebend für die Bemessung des Entgelts ist § 98 AktG. Liegt weder eine Satzungsbestimmung vor noch eine Vereinbarung des Entsenders, so kommt § 612 BGB zur Anwendung. Darnach gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Tätigkeit des entsandten Mitglieds den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Es kommt also auf die besonderen Verhältnisse der Gesellschaft, namentlich aber darauf an, ob die gewählten Mitglieder durchgehend einen Vergütungsanspruch haben. Ein Blick in die Praxis lehrt uns, daß die Gewährung einer Vergütung als die Regel anzusehen ist. Daher werden auch die

entsandten Mitglieder im allgemeinen einen Anspruch auf eine Vergütung haben. Dieser Standpunkt scheint auch der Billigkeit mehr zu entsprechen als die Auffassung der herrschenden Meinung. Denn wenn das entsandte Aufsichtsratsmitglied die Haltung nach den §§ 84, 99 AktG zu tragen hat, dann muß man ihm auf der anderen Seite auch eine Vergütung für seine Mühewaltung zugestehen. Selbst wenn man die Tantième nicht als Risikoprämie ansieht, so ist doch ein gewisser Ausgleich hier dringend geboten. Es wäre höchst unbillig, wenn man das Aufsichtsratsmitglied wegen seiner Vergütung auf das interne Rechtsverhältnis zum Entsender verweisen wollte. Denn wenn der Entsandte von der Gesellschaft haftbar gemacht wird, so bekommt er auch nicht ohne weiteres Ersatz vom Entsender. Schließlich darf nicht vergessen werden, daß der Entsandte im Interesse der Gesellschaft und durchaus nicht nur im Privatinteresse eines bestimmten Aktionärs tätig wird. Er nimmt wichtige Aufgaben für die Gesellschaft wahr und vermittelt oft wertvolle Geschäftsbeziehungen. Für diese Leistungen muß ihm auch eine entsprechende Vergütung zustehen.

Außerdem kann der Entsandte den Ersatz derjenigen Aufwendungen verlangen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf. Dieser Anspruch beruht auf § 27 III BGB, wie Ritter, a. a. O., S. 297, mit Recht hervorhebt. Die genannte Vorschrift bezieht sich zwar auf den Vorstand eines rechtsfähigen Vereins. Man kann sie jedoch unbedenklich auch auf den Aufsichtsrat beziehen. Denn Vorstand und Aufsichtsrat einer AG haben verfassungsmäßig dieselbe Stellung wie der Vorstand eines rechtsfähigen Vereins. § 27 III BGB verweist auf die Auftragsbestimmungen, sodaß sich der Ersatz von Aufwendungen nach § 670 BGB bestimmt. Übrigens läßt sich dieser Anspruch auch rechtfertigen aus dem Anstellungsvertrag, der zwischen Gesellschaft und delegiertem Aufsichtsratsmitglied besteht. Der Entsandte könnte sich dann unmittelbar auf § 670 BGB stützen bezw. auf §§ 611, 675, 670 BGB.

Die wichtigste Pflicht des delegierten Mitglieds ist zweifellos seine Kontrollpflicht. Eine Überwachung der Geschäftsführung erscheint aber nur dann möglich, wenn die geeigneten Mittel hierzu gegeben sind. § 95 AktG gewährt daher den Aufsichtsratsmitgliedern eine Anzahl weitgehender Befugnisse. Aus ihrer Zweckbestimmung folgt, daß sie den Aufsichtsratsmitgliedern nur im Interesse der Gesellschaft zustehen. Werden diese Kontrollbefugnisse aber in gesellschaftsfremdem In-

teresse ausgeübt, so würde ein Rechtsmißbrauch vorliegen. Zur Vermeidung dieser Gefahr hat sich in der Praxis die Übung herausgebildet, diejenigen Aufsichtsratsmitglieder, die dritten Personen nahestehen, über wichtige Fragen in Unkenntnis zu lassen. Man will so verhindern, daß sie die Kenntnis gewisser Tatsachen zum Schaden der Gesellschaft ausnutzen. Besonders nahe liegt die Möglichkeit eines Mißbrauchs im Falle des § 88 AktG. Können nun die entsandten Mitglieder, die ja Vertrauensleute bestimmter Großaktionäre sind, wirklich restlose Offenheit verlangen? Dies ist zu bejahen. Denn wie könnten sie ihr Amt ausüben, wenn sie über die Lage der Gesellschaft nicht genau unterrichtet sind? Außerdem sind sie bei zivil- und strafrechtlicher Haftung verpflichtet, die Interessen der Gesellschaft stets voranzustellen.

Ein gewisser Schutz gegen den Mißbrauch dieser weitreichenden Befugnis ist der Gesellschaft durch § 95 II Satz 2 AktG gegeben. Darnach kann das entsandte Mitglied auch als Einzelperson Bericht vom Vorstand verlangen. Dieser kann jedoch das Verlangen ablehnen, wenn er eine Schädigung der Gesellschaft befürchtet. Erst wenn der Vorsitzende des Aufsichtsrates das Auskunftsbegehren unterstützt, dann ist der Vorstand zur Berichterstattung verpflichtet. Die Vorschrift soll darauf hinwirken, daß nur solche Fragen gestellt werden, die der Aufsichtsrat zur Erfüllung seiner Kontrolltätigkeit unbedingt wissen muß.

Im Zusammenhang mit der Kontrollbefugnis der entsandten Aufsichtsratsmitglieder ist noch eine anderes Problem zu erwähnen. Wenn der Großaktionär, dem das Entsendungsrecht eingeräumt wurde, seinen Aktienbesitz bis auf einige wenige Stücke veräußert und sich neue Mehrheitsverhältnisse bilden, wird es oft zu Spannungen kommen. Die neue Mehrheit wird die Anwesenheit der Vertrauensleute des ehemaligen Großaktionärs als lästig empfinden und deren Tätigkeit möglichst behindern. Ein beliebtes Mittel hierzu ist folgendes: Man verlagert die wichtigsten Funktionen des Gesamtaufsichtsrates in besondere Aufsichtsratsausschüsse, zu denen die mißliebigen Aufsichtsratsmitglieder keinen Zutritt haben. Man beruft sich hierbei als gesetzliche Grundlage auf § 92 IV AktG, wonach der Aufsichtsrat aus seiner Mitte einen oder mehrere Ausschüsse bestellen kann, namentlich zu dem Zweck, seine Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführung seiner Beschlüsse zu überwachen. Aus dem Wort

„namentlich" ergibt sich, daß die Ausschüsse nicht nur zu diesen Zwecken gebildet, sondern auch mit entscheidenden Befugnissen ausgestattet werden können (Schlegelberger, a. a. O., S. 417 und amtliche Begründung). Allerdings ist nur der Aufsichtsrat selbst zur Bildung solcher Ausschüsse befugt, soweit es sich um die Erfüllung seiner gesetzlichen Mindestaufgaben handelt. Eine entsprechende Anordnung der Satzung würde in das Selbstbestimmungsrecht des Aufsichtrates unzulässig eingreifen. Weiterhin kann der Aufsichtsratsvorsitzende Mitglieder, die dem betreffenden Ausschuß nicht angehören, von der Teilnahme an dessen Sitzungen ausschließen (§ 93 II AktG). Es ist nun zu bedenken, daß bei großen Aktiengesellschaften auch der Aufsichtsrat eine umfangreiche Tätigkeit zu entfalten hat. Ein Bedürfnis nach Arbeitsteilung kann dann die Bildung besonderer Ausschüsse rechtfertigen. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß eine solche Geschäftsverteilung das Entsendungsrecht u. U. illusorisch macht (s. v. Godin, S. 296). Gegen diese Gefahr aber wird sich der Entsender kaum schützen können, allein schon wegen der vorhandenen Beweisschwierigkeit.

Neben der Kontrollpflicht, die natürlich ganz im Vordergrund steht, hat das entsandte Mitglied eine Reihe anderer Obliegenheiten, die sich aus dem Gesetz ergeben. Hier bestehen keine Besonderheiten gegenüber den gewählten Mitgliedern, so daß es einer Erörterung dieser Punkte nicht bedarf. Außer der gesetzlichen Zuständigkeit des Aufsichtsrats gibt es noch eine satzungsmäßige. Zwar dürfen nach § 95 II AktG dem Aufsichtsrat Maßnahmen der Geschäftsführung nicht zugewiesen werden. Trotzdem kann er neben seiner gesetzlichen Mindestaufgabe noch andere Dinge erledigen, sofern sie mit Geschäftsführung nichts zu tun haben. Außerdem können auf Anordnung des Aufsichtsrates oder der Satzung bestimmte Geschäfte von der Zustimmung des Aufsichtsrates abhängig gemacht werden (§ 95 V Satz 2 AktG). Sind nun für diese besonderen Aufgaben nur die gewählten oder auch die entsandten Mitglieder zuständig? Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der Delegierte die Interessen der Gesellschaft und damit zugleich die Interessen des Entsenders wahrnehmen. Dieses Bedürfnis kann sowohl bei den gesetzlichen Mindestaufgaben als auch bei den übertragenen Sonderaufgaben des Aufsichtsrates bestehen. Letztere sind daher nicht nur von den gewählten, sondern auch von den entsandten Mitgliedern zu erfüllen. Da aber die Sat-

zung grundsätzlich jede Einschränkung verfügen kann, so wird sie durch eine besondere Bestimmung die Zuständigkeit der entsandten Mitglieder hierfür beseitigen dürfen.

Im Zusammenhang mit allen diesen Aufgaben fragt es sich, ob der Delegierte bei solchen Beschlußfassungen des Aufsichtsrats ausgeschlossen ist, welche die Interessen des Entsenders berühren.

Für das frühere Recht wollte Liebmann (Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1925/352) eine derartige Stimmrechtsbeschränkung auf eine analoge Anwendung der §§ 28, 34 BGB stützen (dagegen die H. M. vgl. Staub a. a. O. § 246 A 14).

Unter der Geltung des neuen Rechts ist die Richtigkeit dieser Ansicht indessen zweifelhaft geworden. Denn im Gegensatz zu § 252 III S. 2 HGB und zu §§ 28, 34 BGB verbietet § 114 V AktG eine Beteiligung an der Abstimmung nur in drei ganz bestimmten Fällen. Aus dem Schweigen des Gesetzes und den ausdrücklichen Worten der amtlichen Begründung ergibt sich mit Sicherheit, daß die früher weitergehenden Beschränkungen gefallen sind (vgl. Müller-Erzbach, Iherings Jahrb. 1938 Bd. 51/84). Wer also ein Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft vornimmt oder mit ihr einen Prozeß führt, ist von der Abstimmung hierüber nicht mehr ausgeschlossen. Die Vorschrift des § 114 V AktG erscheint mithin als lex specialis, welche die Anwendung der §§ 28, 34 BGB verbietet. (Zu Unrecht bestritten von Ritter a. a. O. S. 369/370 und Teichmann-Koehler a. a. O., S. 192 § 114.) Nun bezieht sich zwar § 114 V AktG unmittelbar nur auf die Hauptversammlung. Trotzdem gilt der Ausschluß der §§ 28, 34 BGB auch für den Aufsichtsrat. Denn warum sollten hier andere Grundsätze gelten als für die Hauptversammlung? Der Bestimmung der §§ 28, 34 BGB kommt daher für das Aktienrecht überhaupt keine Bedeutung mehr zu.

Rechtfertigen läßt sich dagegen eine analoge Anwendung des § 114 V AktG, soweit der Aufsichtsrat zu den dort genannten Fragen Stellung nimmt und Stellung nehmen kann. Denn es ist zu befürchten, daß der Delegierte unter dem Druck des Großaktionärs seine Amtspflichten vergißt und zum willenlosen Werkzeug herabsinkt. Daher dürfte eine Stimmrechtsbeschränkung wenigstens in diesen Fällen am Platze sein (dagegen die H. M. vergl. Schlegelberger a. a. O., S. 305). Denn es erscheint hier gleichgültig, ob der Großaktionär einen ihm günstigen Beschluß im Aufsichtsrat oder in der Hauptver-

sammlung betreibt, und ob er persönlich oder durch einen Delegierten handelt. In allen Fällen besteht derselbe Interessenkonflikt.

Im Übrigen werden die entsandten Mitglieder auch in die zur Beschlußfassung erforderliche Mindestzahl (§ 86 AktG) eingerechnet, ebenso in die Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder (s. Ritter, a. a. O., S. 296).

Für die Sorgfaltspflicht der entsandten Mitglieder gilt § 99 AktG. Er erklärt § 84 AktG sinngemäß für anwendbar. Die delegierten Mitglieder haben demgemäß nicht die Sorgfalt eines Geschäftsleiters, sondern die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes zu beobachten; insbesondere haben sie über vertrauliche Angaben Stillschweigen zu bewahren. Der besondere Interessenkonflikt, der sich hier für die entsandten Mitglieder ergeben kann, wurde bei der Besprechung ihrer Kontrollpflicht bereits erwähnt. Die entsandten Mitglieder müssen demnach die Auskunft über solche Tatsachen verweigern, die der Aufsichtsrat als geheim bezeichnet. Ist dies nicht der Fall, so haben sie mit der ihnen obliegenden Sorgfalt zu prüfen, ob eine Schädigung der Gesellschaft zu besorgen ist. Die genannten Pflichten sind für die entsandten Mitglieder nicht nur gesetzliche, wie die h. L. behauptet, sondern auch vertragliche. Sie können demnach auf Grund ihres Anstellungsvertrages auf Pflichterfüllung verklagt werden.

Von besonderem Interesse wegen der eigenartigen Stellung des Entsandten ist das Problem der Haftung. Letztere muß den weitgehenden Befugnissen des Delegierten entsprechen und muß daher ziemlich streng sein. Dies verlangt der untrennbare Zusammenhang von Herrschaft und Haftung. Zu unterscheiden ist dabei die strafrechtliche und die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Delegierten. Zunächst wollen wir uns mit der letzteren befassen.

Als Haftungsgrundlage kommen in erster Linie die §§ 84, 99 AktG in Betracht. Darnach sind die entsandten Mitglieder schadensersatzpflichtig, wenn sie schuldhaft ihre oben erwähnten Amtspflichten, namentlich ihre Schweigepflicht verletzen, oder einen der Sondertatbestände des § 84 III AktG erfüllen. Sie selbst haben dabei nachzuweisen, daß sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes angewendet haben. Ersatzberechtigt ist grundsätzlich nur die Gesellschaft. Denn der Delegierte hat hier eine Pflicht gegenüber der Gesellschaft verletzt. Wohl aber können

die Gläubiger, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen, den Anspruch der Gesellschaft geltend machen. Hierfür wird jedoch in anderen Fällen als den Sondertatbeständen des Abs. III eine grobe Pflichtverletzung vorausgesetzt (§ 84 V Satz 2).

Eine andere Haftungsgrundlage wäre die Bestimmung des § 101 II AktG, der die Integrität der Verwaltung sichern soll. Diese Vorschrift ist gerade für die entsandten Mitglieder bedeutsam, da sie mißbräuchlicher Einflußnahme noch mehr ausgesetzt sind als die anderen. Denn die Bindung an einen bestimmten Großaktionär kann bei ihnen noch enger sein als bei den gewählten Mitgliedern. Nach § 101 II AktG haften Aufsichtsratsmitglieder neben dem Einflußnehmer gesamtschuldnerisch, wenn sie infolge der Einwirkung ihre Amtspflicht (§§ 84, 99 AktG) verletzen. Gefordert wird also eine vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung derjenigen Sorgfalt, die ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsmann anzuwenden hat. Auch leichte Fahrlässigkeit begründet eine Haftung des entsandten Mitglieds.

Begründet nun aber jede bewußte Mitwirkung eine Schadensersatzpflicht des Delegierten? Hier ist zu bedenken, daß er mit seiner Abberufung und anderen Nachteilen zu rechnen hat, wenn er sich den Anordnungen des Großaktionärs widersetzt. Trotzdem muß er dieses Risiko auf sich nehmen. Er kann sich der Gesellschaft gegenüber nicht darauf berufen, daß er dem Großaktionär zum Gehorsam verpflichtet sei. Die Tatsachen könnten aber auch anders liegen. So namentlich, wenn der Entsandte nur deswegen nachgegeben hat, um größere Nachteile von der Gesellschaft abzuwenden. In solchen Fällen kann der Delegierte nicht haftbar gemacht werden, da er gegen den Einflußmißbrauch machtlos war. (So mit Recht Bergmann, a. a. O.)

Die Beweislastregel des § 84 II Satz 2 gilt hier nicht. Im Falle des § 101 II AktG muss also der Kläger beweisen, daß der Delegierte die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes verletzt hat.

Ersatzberechtigt ist wiederum die AG. Denn der Delegierte muß auch im Fall des § 101 II AktG seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt haben. Den Gesellschaftsanspruch können wiederum diejenigen Gläubiger geltend machen, die keine Befriedigung erlangten. Daß die Gläubiger keinen selbständigen Anspruch haben, muß man trotz des von

§ 84 AktG abweichenden Wortlauts aus der Bestimmung des § 101 V Satz 2 schließen. Denn wenn die Gläubiger einen selbständigen Anspruch hätten, dann brauchte nicht betont zu werden, daß ein Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft ihnen gegenüber unwirksam ist. Die Gläubiger können diesen Anspruch auch bei leichter Fahrlässigkeit des delegierten Mitglieds geltend machen, was sonst nur für die Sonderfälle des § 84 III AktG gilt. Es fragt sich, ob § 101 II AktG auch den Aktionären einen direkten Anspruch gegen das delegierte Mitglied gibt. Dies wird von der h. Meinung bejaht (s. Bergmann, a. a. O.; Schlegelberger, a. a. O., § 101). Man stützt sich dabei vermutlich auf die Vorschrift des § 101 I AktG, der die Aktionäre besonders erwähnt. Diese Auffassung erscheint indessen widersinnig. Unbestritten ist, daß eine Amtspflichtverletzung nach §§ 84, 99 AktG einen Direktanspruch der Aktionäre nicht begründet (vgl. die folgenden Bemerkungen zu § 823 II BGB). Warum soll sich nun die Haftung des Delegierten erweitern, wenn er die Amtspflichtverletzung statt aus eigenem Antrieb infolge fremder Einwirkung begeht? Ein Grund hierfür ist nicht ersichtlich. Daher ist ein Direktanspruch der Aktionäre nach § 101 II AktG abzulehnen.

Als Haftungsgrundlage kommen weiterhin die Vorschriften über unerlaubte Handlungen in Betracht. Namentlich könnte ein Amtsmißbrauch des Delegierten unter § 826 BGB fallen. Dietrich, J. W. 1937/654, behauptet zwar, daß § 101 AktG als lex specialis die Bestimmung des § 826 BGB ausschließt. Diese Auffassung erscheint nicht zutreffend, da beide Vorschriften verschiedene Tatbestände enthalten, die zwar oft, aber durchaus nicht immer gleichzeitig vorliegen. Haftbar nach § 826 BGB ist, wer einen anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich schädigt. § 826 BGB gewährt mithin keinen wirksamen Schutz gegen einen Amtsmißbrauch, da das Vorliegen der genannten Voraussetzungen schwer zu beweisen ist. Ersatzberechtigt nach § 826 BGB sind die Gesellschaft, die Aktionäre und Gläubiger. Vorausgesetzt wird aber, daß ein unmittelbarer Schaden vorliegt. Dieser Grundsatz gilt allgemein, da sonst die §§ 844, 845 BGB die Ersatzberechtigung der mittelbar Geschädigten nicht besonders anzuordnen brauchten.

Auch nach § 823 II BGB könnte man den Delegierten u. U. haftbar machen wegen eines Amtsmißbrauchs. Diese Vorschrift setzt die Verletzung eines Schutzgesetzes voraus.

Dabei fragt es sich namentlich, inwieweit die Vorschriften des Aktiengesetzes als Schutzgesetz anzusehen sind. Hier kommt es genau auf die Interessenlage an. Die verletzte Vorschrift muß gerade den Schutz des Klägers bezwecken. Kein Schutzgesetz zugunsten Dritter oder der Aktionäre sind die §§ 84, 99 AktG. Denn wenn Dritte ganz allgemein einen Ersatzanspruch hätten nach § 823 II BGB in Verb. mit §§ 84, 99 AktG, dann brauchte man den Gläubigern nicht das Recht zu gewähren, den Anspruch der Gesellschaft geltend zu machen (§ 84 V Satz 1 AktG). Ersatzberechtigt nach § 823 II BGB wäre die Gesellschaft, aber wiederum nur, soweit sie unmittelbar geschädigt ist.

Wichtig sind ferner die strafrechtlichen Sanktionen, die gleichfalls ein Gegengewicht gegen den Mißbrauch des Entsendungsrechts darstellen. In Frage kommt hier namentlich § 294 AktG (aktienrechtliche Untreue), der Aufsichtsratsmitglieder mit Gefängnis bedroht, die vorsätzlich zum Nachteil der Gesellschaft handeln.

c) Beendigung der Rechtsbeziehungen zwischen dem entsandten AR-Mitglied und der Gesellschaft.

§ 10.

Unter welchen Umständen erlischt nun das Amt des entsandten Mitglieds? Als Hauptfall ist die Beendigung durch Abberufung zu nennen. Nach den gesetzlichen Bestimmungen kann man drei verschiedene Abberufungsmöglichkeiten unterscheiden:

Zunächst ist der Entsender nach § 88 IV Satz 1 AktG jederzeit befugt, die entsandten Mitglieder abzuberufen und durch andere zu ersetzen. Der rechtspolitische Grund für diese Vorschrift liegt darin, daß das entsandte Mitglied Vertrauensmann des Aktionärs sein soll. Denn nur von einem Vertrauensmann kann der Aktionär erwarten, daß er die Interessen der Gesellschaft und damit seine eigenen getreulich wahrnimmt. Daher kann er den Delegierten jederzeit abberufen, wenn das notwendige Vertrauensverhältnis nicht mehr besteht. Aus dem bezeichneten Grund kann auch die Satzung dieses Abberufungsrecht nicht ausschließen. Allerdings darf

es auch nicht mißbraucht werden. So hebt z. B. v. Godin, S. 297, mit Recht hervor, daß der Staat nicht ohne dringendes Bedürfnis zu jeder Aufsichtsratssitzung einen anderen Beamten schicken darf, unter jeweiliger Abberufung des früheren. Dies verbietet sich schon mit Rücksicht auf die umständlichen Formalitäten, die bei einer Änderung der Aufsichtsratsmitglieder notwendig werden (s. § 91 AktG). Die Abberufung nach § 88 IV Satz 1 ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, da der Delegierte von der Beendigung seines Amtes sonst nichts erfahren würde.

Weiterhin kann nach § 88 IV Satz 2 AktG das Gericht auf Antrag einer Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, das Mitglied abberufen. Diese Möglichkeit besteht aber nur dann, wenn in der Person des Entsandten ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher setzt voraus, daß der Gesellschaft die Fortsetzung seiner Amtstätigkeit bei unbefangener Betrachtung vernünftigerweise nicht zuzumuten ist (so Ritter, a. a. O., S. 296). Als wichtige Gründe kommen namentlich in Frage: unüberbrückbare persönliche Differenzen, Pflichtverletzungen, Verrat von Geschäftsgeheimnissen, wirtschaftliche Interessen an Konkurrenzunternehmungen. Vorausgesetzt ist stets ein Grund in der Person des Entsandten. Daher können Tatsachen, die den Entsender betreffen, die Abberufung nicht rechtfertigen. Die Abberufungsmöglichkeit nach § 88 IV Satz 2 AktG ist zwingend und darf auch durch die Satzung nicht erschwert werden. Einer solchen Erschwerung steht das überragende Interesse entgegen, daß die Gesellschaft an der Abberufung des Delegierten haben kann. Andererseits erscheint auch eine Erleichterung dieser Abberufungsmöglichkeit unzulässig. Denn man kann das Eingreifen des Richters nicht von der Willkür der Satzung abhängig machen. Zur Abberufung befugt ist nur das Gericht selbst. Gemeint ist das Amtsgericht des Gesellschaftssitzes (§ 145 FGG, § 14 AktG). Die Abberufung erfolgt durch eine gerichtliche Verfügung, die mit der Bekanntmachung an den Delegierten wirksam wird (FGG § 16 I). Außerdem besteht die Möglichkeit der Beschwerde (§ 20 FGG) und der weiteren Beschwerde (§ 27 FGG).

Die dritte Abberufungsmöglichkeit ergibt sich endlich aus § 88 V AktG. Darnach kann die Hauptversammlung das entsandte Mitglied mit einfacher Stimmenmehrheit abberufen, wenn die in der Satzung bestimmten Voraussetzungen des

Entsendungsrechtes weggefallen sind. Für diese Bestimmung war wohl folgender Grund maßgebend: Einerseits kann die Gesellschaft ein Interesse daran haben, daß das entsandte Mitglied, das sich vielleicht als tüchtig herausgestellt hat, sein Amt auch nach Wegfall des Entsendungsrechts fortführt. Andererseits muß sich aber die Gesellschaft nach dem Erlöschen der Delegationsbefugnis des Entsandten entledigen können. Die Abberufung nach § 88 V AktG wird unmittelbar mit dem Beschluß, nicht erst mit der Bekanntgabe an den Delegierten wirksam. Sie ist also eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung. Denn als Aufsichtsratsmitglied hat der Delegierte nicht nur die Möglichkeit, sondern auch die Pflicht, sich rechtzeitig über die Beschlüsse der Hauptversammlung zu orientieren. Eine besondere Mitteilung an ihn erscheint daher nicht erforderlich. Mit dem Amt erlischt gleichzeitig das Anstellungsverhältnis, dessen Bestehen wir angenommen haben.

Außer durch Abberufung endet das Amt des entsandten Mitgliedes auch durch N i e d e r l e g u n g. Letztere wird von der h. L., die ein Vertragsverhältnis leugnet, jederzeit zugelassen. Nach unserer Auffassung hingegen richtet sich die Möglichkeit der Niederlegung nach dem zugrunde liegenden Anstellungsvertrag. Hat das Aufsichtsratsmitglied kein Entgelt zu beanspruchen, liegt mithin ein Auftrag vor, so gilt § 671 BGB. Darnach kann der Entsandte das Amt jederzeit niederlegen; kündigt er aber ohne wichtigen Grund zur Unzeit, so macht er sich schadensersatzpflichtig. Ein wichtiger Grund wird namentlich dann vorliegen, wenn die Pflichten des Delegierten gegenüber der Gesellschaft unvereinbar sind mit den Pflichten gegenüber dem Großaktionär. Im Fall des Dienstvertrages kann der Delegierte regelmäßig nur aus wichtigem Grund sein Amt niederlegen (§ 626 BGB). Ohne wichtigen Grund ist eine sofortige Niederlegung nur unter den Voraussetzungen des § 627 BGB zulässig. Darnach muß es sich um Dienste höherer Art handeln, die nur auf Grund besonderen Vertrauens übertragen werden. Diese Voraussetzung erfüllt auch das Amt des Delegierten. Es handelt sich um einen ausgesprochenen Vertrauensposten. Auch erfordert das Amt eines Aufsichtsratsmitglieds ziemlich bedeutende geistige Qualitäten, sodaß man von einem Dienst höherer Art sprechen kann. Eine Niederlegung nach § 627 ist aber nur zulässig, wenn der Delegierte nicht in einem dauernden Verhältnis mit festen Bezügen steht. Diese Voraussetzungen wären nur dann erfüllt, wenn der Delegierte lediglich eine Tantième erhält, denn letztere gehört nicht zu

den festen Bezügen, sondern richtet sich nach dem Jahresertrag.

Als vierter Beendigungsgrund erscheint endlich der Wegfall solcher persönlicher Eigenschaften, die das delegierte Mitglied nach dem Gesetz unbedingt haben muß. In Betracht kommt hier vor allem: Verlust der vollen Geschäftsfähigkeit.

Weiterhin endet das Amt des entsandten Mitglieds durch seinen Tod.

Denkbar ist auch ein Erlöschen durch Zeitablauf, wenn die Satzung bestimmt, daß das Amt des delegierten Mitglieds jeweils nach bestimmter Zeit endet.

2. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Entsendungsberechtigten und dem entsandten AR-Mitglied.

a) Entstehung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Entsendungsberechtigten und dem entsandten AR-Mitglied.

§ 11.

Die Rechtsstellung des entsandten Mitglieds wird dadurch charakterisiert, daß er eine Doppelfunktion wahrnimmt. Auf der einen Seite wird er auf Grund eines Anstellungsvertrages mit der Gesellschaft als Aufsichtsratsmitglied tätig. Auf der anderen Seite soll er Vertrauensmann eines bestimmten Großaktionärs sein. Er steht daher regelmäßig auch mit diesem in vertraglichen Beziehungen. Beide Vertragsverhältnisse sind allerdings streng auseinander zu halten, obwohl beide durch die gleichen Personen abgeschlossen werden. Denn als Gesellschaftsorgan handelt der entsendungsberechtigte Großaktionär nur insoweit, als er Funktionen wahrnimmt, die sonst ausschließlich der Hauptversammlung zustehen. Nicht als Gesellschaftsorgan erscheint er hingegen, soweit er den Delegierten zur Wahrnehmung seiner eigenen Interessen verpflichtet. Es wäre allerdings zu viel gefordert, wenn man für dieses interne Rechtsverhältnis ausdrückliche Vereinbarungen verlangte. Aus den unverkennbaren Interessen, die bei der Delegation verfolgt werden, ergibt sich vielmehr, daß der Delegierte auch gegenüber dem Großaktionär bestimmte Pflichten zu erfüllen

hat. Die Pflicht zur Interessenwahrung kann weiterhin durch ein anderes schon bestehendes Vertragsverhältnis begründet sein. Zu denken ist namentlich an den Fall, daß eine Aktiengesellschaft ihr Vorstandsmitglied in einen fremden Aufsichtsrat entsendet. Hier ergibt sich die interne Pflicht zur Interessenwahrnehmung auch aus dem Anstellungsverhältnis. Häufig wird es vorkommen, daß der Großaktionär einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen betraut und ihn dann in den Aufsichtsrat entsendet. In allen diesen Fällen kann die Interessenwahrung entgeltlich oder unentgeltlich geleistet werden. Stets fragt es sich aber, ob auf dieses interne Rechtsverhältnis Auftragsnormen anzuwenden sind. Dies wird von der h. L. bejaht (s. Schlegelberger, a. a. O., S. 400). Die Frage ist aber zu verneinen. Denn bei einem Auftrag hat der Beauftragte grundsätzlich und in erster Linie die Interessen seines Auftraggebers wahrzunehmen. Das entsandte Mitglied hingegen muß zuerst die Gesellschaftsinteressen und dann erst die Interessen des Großaktionärs berücksichtigen. Außerdem ist ein Beauftragter streng an die Weisungen seines Auftraggebers gebunden. Der Delegierte hat dagegen eine viel freiere Stellung und muß selbständig prüfen, ob die betreffende Anordnung der Gesellschaft schadet (vgl. Rospatt, Bankarchiv, 29, 308; Haussmann, Zentralblatt f. Handelsrecht 1931/4 ff). Wegen dieser wichtigen Unterschiede kann man auch das interne Delegationsverhältnis nicht nach den Vorschriften über den Auftrag behandeln, unter die es seinem inneren Wesen nach nicht paßt. Es liegt also insoweit ein Rechtsverhältnis sui generis vor (so auch Haussmann, a. a. O.).

b) Inhalt der Rechtsbeziehungen zwischen dem Entsendungsberechtigten und dem entsandten AR-Mitglied.

§ 12.

Welche Rechte und Pflichten hat nun der Entsandte gegenüber dem Großaktionär? Dies bestimmt sich nach dem besonderen Vertragsverhältnis, in dem die beiden Beteiligten stehen. Es versteht sich von selbst, daß der Inhalt des internen Delegationsverhältnisses bei einem Rechtsanwalt anders

ist als z. B. beim Vorstandsmitglied, das die Interessen seiner Gesellschaft in einem fremden Aufsichtsrat wahrnimmt. Jedoch lassen sich auch gewisse allgemeine Feststellungen treffen, die für das interne Verhältnis durchweg gelten. In allen Fällen bezweckt letzteres die Wahrnehmung der Interessen des Großaktionärs. Inwieweit ist nun diese Tätigkeit vereinbar mit den Pflichten, die der Delegierte als Mitglied des Aufsichtsrates zu erfüllen hat? Zu diesem Problem hat Haussmann in seinem schon erwähnten Aufsatz (Zentralblatt für Handelsrecht 1931/4 ff) ausführlich Stellung genommen. Er geht davon aus, daß in vielen Fällen durchaus zweifelhaft ist, welche von mehreren Maßnahmen dem Interesse der Gesellschaft am besten entspricht. Unter diesen verschiedenen Möglichkeiten könne der Delegierte dann diejenige auswählen, die dem Großaktionär am günstigsten sei. Dabei müsse der Delegierte sich aber im Rahmen dessen halten, was im Interesse der Gesellschaft noch vertretbar ist. Diese Auffassung kann jedoch nicht geteilt werden. Sie widerspricht dem Vertrauensverhältnis, in dem der Entsandte zur Gesellschaft steht. Dieses verpflichtet ihn, stets die Gesellschaftsinteressen in erster Linie zu berücksichtigen. Gewiß mag oft sehr zweifelhaft sein, welche von mehreren Maßnahmen eigentlich im Interesse der Gesellschaft liegt. In solchen Fällen darf der Delegierte aber nicht diejenige Möglichkeit wählen, die im Interesse der Gesellschaft allenfalls noch vertretbar ist. Er muß sich vielmehr zu der Maßnahme entschließen, die ihm selbst als die zweckmäßigste für die Gesellschaft erscheint. Eine Interessenvertretung ist also nur dann möglich, wenn die vom Großaktionär gewünschte Maßnahme gleichzeitig auch dem Gesellschaftsinteresse am besten zu entsprechen scheint.

Es fragt sich nun weiterhin, welchen Inhalt dieses interne Delegationsverhältnis im einzelnen hat. Denn mit der Feststellung, daß es sich um Interessenwahrung handelt, ist seine Rechtsnatur nur ganz allgemein gekennzeichnet. Zunächst ist das delegierte Mitglied verpflichtet, etwaige Weisungen des Großaktionärs zu befolgen. So kann ihn z. B. der Entsendungsberechtigte auffordern, bei einer Beschlußfassung in bestimmtem Sinne zu stimmen. Von großer praktischer Bedeutung wird namentlich auch die Anweisung sein, bei der Wahl von Vorstandsmitgliedern für die Kandidaten des Großaktionärs einzutreten. Nun liegt freilich auch dem Beauftragten eine solche Gehorsamspflicht ob. Hier aber ist sie grundsätzlich

unbeschränkt, während das delegierte Mitglied jeweils zu prüfen hat, ob die ihm befohlene Handlung dem Gesellschaftsinteresse entspricht. Weiterhin ergibt sich aus dem internen Delegationsverhältnis die Pflicht, dem Großaktionär die erforderlichen Nachrichten zu geben, Auskunft zu erteilen, Rechenschaft abzulegen. Ihr Umfang bestimmt sich aber nicht nach § 666 BGB, sondern nach den besonderen Amtspflichten eines Aufsichtsratsmitglieds. Demnach darf der Entsandte dem Großaktionär keine Auskunft geben, wenn die betreffende Tatsache vom Aufsichtsrat als geheim bezeichnet oder von ihm selbst nach pflichtmäßigem Ermessen als solche anzusehen ist. Schließlich ist das entsandte Mitglied dem Großaktionär gegenüber noch zur Kontrolle verpflichtet. Hierzu gehören alle übrigen Maßnahmen im Interesse des Delegierten, z. B. Prüfungen und dergleichen. Für diese Pflichten gelten die gleichen Einschränkungen, die oben bereits dargelegt sind.

Von den zahlreichen Problemen, die sich im Zusammenhang mit der Aufsichtsratsdelegation ergeben, interessiert uns weiterhin die Frage, wem im Innenverhältnis die Aufsichtsratstantième gebührt. In erster Linie sind natürlich die besonderen Vereinbarungen maßgebend, die der Großaktionär mit seinem Vertrauensmann trifft. Es ist ohne weiteres zulässig, daß das entsandte Mitglied zur Ablieferung seiner Tantième verpflichtet wird. Es fragt sich jedoch, wie zu entscheiden ist, wenn irgendeine Vertragsbestimmung hierüber fehlt. Wären für das Delegationsverhältnis die Auftragsnormen schlechthin maßgebend, so könnte man § 667 BGB heranziehen. Darnach ist der Beauftragte verpflichtet, dem Auftraggeber alles herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt. Die selbständige Stellung, durch die das entsandte Mitglied sich vom Beauftragten unterscheidet, macht auch in dieser Frage eine andere Entscheidung notwendig. Wir wissen, daß jedes Aufsichtsratsmitglied für die Erfüllung seiner Pflichten selbst verantwortlich und gegebenenfalls hierfür auch haftbar ist. Wenn aber das entsandte Aufsichtsratsmitglied in Anspruch genommen wird, dann kann es sich nicht ohne weiteres bei dem Großaktionär schadlos halten. Für eine solche Regreßhaftung fehlt im allgemeinen die Rechtsgrundlage. Auch wäre sie unbillig, da der Großaktionär die Tätigkeit des entsandten Mitglieds nicht überwachen kann. Wenn demnach eine Regreßhaftung grundsätzlich ausgeschlossen ist und das entsandte Mitglied den Schaden selbst tragen

muß, so darf man ihm als Ausgleich auch die Tantième nicht absprechen. Im Zweifel ist daher das Aufsichtsratsmitglied nicht verpflichtet, dem Großaktionär die Vergütung für seine Tätigkeit herauszugeben (so namentlich Haussmann, a. a. O.). Besonderes muß jedoch dann gelten, wenn der Staat oder irgend eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ihre Beamten in den Aufsichtsrat einer AG entsendet. Der Staat hat aus naheliegenden Gründen ein großes Interesse daran, daß seine Beamten in ihrer Tätigkeit unbeeinflußbar sind, und kann daher nicht dulden, daß sie von Dritten dabei eine besondere Vergütung erhalten. Demgemäß bestimmt auch § 14 des Deutschen BeamtG in Verb. mit Ziffer 13 der VO über die Nebentätigkeit von Beamten vom 6. 7. 1937 (RGBl I, S. 753), daß Beamte, die vom Staat in den Aufsichtsrat entsandt werden, ihre Vergütung an den Dienstherrn abzuliefern haben. Nur in begrenzter Höhe kann sie ihnen als Pauschalaufwandsentschädigung belassen werden.

Ein weiteres Problem, das schon nach altem Recht Anlaß zu Streitigkeiten bot, ist die Frage der Handakten. Es muß untersucht werden, ob sie dem Entsendungsberechtigten oder dem Entsender zustehen. Was zunächst den Begriff der Handakten anbelangt, so gehören hierzu alle Papiere, die sich das entsandte Mitglied im Interesse seiner Amtstätigkeit anlegt. Es wird sich namentlich um Aufsichtsratseinladungen, Bilanzvorlagen, Aktenvermerke und persönliche Notizen handeln. Von einem Teil der Lehre wird behauptet, daß das entsandte Mitglied bei Beendigung seines Amtes diese Handakten an den Entsender herauszugeben habe. Diese Auffassung stützt sich u. a. auch auf eine Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 105, 392). In diesem Urteil wurde die Klage des delegierten Mitglieds gegen den Entsender auf Herausgabe der Akten als unbegründet abgewiesen. Das höchste Gericht ging dabei sehr formal von einem Auftragsverhältnis aus und rechtfertigte die Klagabweisung durch den Hinweis auf die §§ 675, 667 BGB. Darnach habe der Beauftragte alles herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlange, und damit auch die Handakten. Diese Auffassung setzte sich dann in der Literatur weitgehend durch und wird auch von Schlegelberger, a. a. O. S. 400, geteilt. Sie ist aber abzulehnen, weil die Eigenart des Delegationsverhältnisses die Anwendung der Auftragsbestimmungen ausschließt. Anders als bei einem Auftrag bestehen hier zwei sich vielfach widerstreitende Interessen, die miteinander in Einklang gebracht werden müssen. Auf der einen

Seite steht das Interesse der Gesellschaft an der Geheimhaltung vertraulicher Tatsachen, die in den Handakten enthalten sind. Auf der anderen Seite hat der Entsender das Bedürfnis, aus den Handakten diejenigen Tatsachen zu erfahren, die er im Interesse seines Aktienbesitzes wissen muß. Schließlich hat auch der Delegierte ein Interesse an den Handakten, da er sie u. U. zu seiner Verteidigung braucht. Bei der Lösung dieses Interessenkonflikts müssen wiederum die Gesellschaftsinteressen den anderen vorgehen. Die Gesellschaftsinteressen wirken nun auf das Innenverhältnis dergestalt ein, daß Eigentum und Besitz der Handakten dem Delegierten zuzusprechen ist. Schutz verlangen jedoch auch die Interessen des Großaktionärs. Ihm ist deshalb das Recht zuzubilligen, in die Handakten Einsicht zu nehmen, soweit die Interessen der Gesellschaft dies zulassen. Der Entsandte aber ist obligatorisch zur Gestattung verpflichtet und kann die Aktendurchsicht nur dann verweigern, wenn eine Schädigung der Gesellschaft zu befürchten ist.

Von praktischer Bedeutung ist weiterhin die Frage, inwieweit Urteile über Ansprüche aus dem internen Delegationsverhältnis im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden können. Hierauf läßt sich eine allgemeingültige Antwort nicht geben. Man muß vielmehr zwei verschiedene Fälle unterscheiden. Zunächst gibt es Urteile, die in die Willensbildung der Gesellschaft selbst eingreifen. Hierher gehören z. B. Verpflichtungen des entsandten Mitglieds bei der Beschlußfassung des Aufsichtsrates, für einen bestimmten Antrag einzutreten, oder die Wahl bestimmter Personen zu befördern. Schon Haussmann bemerkt in seinem mehrfach zitierten Aufsatz, daß Urteile über solche Ansprüche der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen. Dieser Auffassung ist beizutreten mit Rücksicht auf die Selbständigkeit des entsandten Mitglieds. Auch könnte man bei einer gegenteiligen Anschauung das Aufsichtsratsmitglied nicht mehr bezeichnen als Organschaftsträger der Gesellschaft, der es nach dem Willen des Gesetzgebers sein soll, sondern nur noch als willenloses Werkzeug in der Hand des Großaktionärs. Geht es also nicht an, daß durch solche Verpflichtungen des entsandten Mitglieds mittelbar ein Druck auf die Gesellschaft ausgeübt wird, so entfällt auch die Anwendbarkeit von § 894 ZPO. Wenn das entsandte Mitglied dazu verurteilt wird, bei der Beschlußfassung in bestimmtem Sinne abzustimmen, so wird diese Erklä-

rung nicht als abgegeben fingiert, wenn das Urteil die Rechtskraft erlangt. Letzteres kann den einmal gefaßten Beschluß des Aufsichtsrates nicht abändern. Entscheidend ist vielmehr nur, wie das Aufsichtsratsmitglied tatsächlich abgestimmt hat. Auch kommt es nicht darauf an, ob das fragliche Urteil nach der Beschlußfassung rechtskräftig wird oder schon vorher. Selbst im letzteren Fall bleibt der spätere Beschluß unberührt, auch wenn alle Beteiligten das Urteil kennen. Wenn also auch die Vollstreckbarkeit derartiger Ansprüche ausgeschlossen ist, so führt dies doch in der Praxis nicht zu nennenswerten Schwierigkeiten für den Großaktionär. Denn er hat immerhin zwei Möglichkeiten. Einmal kann die Verweigerung der Abstimmung in bestimmtem Sinne unter Umständen eine Vertragsverletzung darstellen, die den Großaktionär zu einer Klage auf Schadensersatz berechtigt. Außerdem steht es ihm frei, das Aufsichtsratsmitglied, welches sein Vertrauen nicht mehr genießt, abzuberufen.

Die zweite Gruppe von Fällen, die wir mit Haussmann, a. a. O., unterscheiden, umfaßt diejenigen Ansprüche, welche nicht zu einem Eingriff in die Willensbildung der Gesellschaft führen. Hierher gehört z. B. die Verpflichtung des entsandten Mitglieds, dem Großaktionär über bestimmte Tatsachen Nachricht und Auskunft zu geben. Wir haben freilich gesehen, daß das Aufsichtsratsmitglied u. U. einwenden kann, die Interessen der Gesellschaft würden durch die Auskunftserteilung verletzt. Es handelt sich dabei um eine Frage, die materiell in einem solchen Rechtsstreit zu prüfen ist, die aber mit der Möglichkeit der Zwangsvollstreckung an sich nichts zu tun hat. Wenn demnach das Gericht diesen Einwand als unbegründet zurückweist, dann ist die Zwangsvollstreckung aus einem solchen Urteil ohne weiteres möglich. Sie bestimmt sich nach den hierfür geltenden allgemeinen Vorschriften. Bei anderen Ansprüchen muß jeweils genau geprüft werden, ob sie zu einem Eingriff in die Willensbildung der Gesellschaft führen.

Zusammenfassend sei nochmals festgestellt, daß Ansprüche aus dem internen Delegationsverhältnis wegen der selbständigen Stellung des Aufsichtsratsmitglieds nur in beschränktem Umfang durch Zwangsvollstreckung zu verwirklichen sind.

c) Beendigung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Entsendungsberechtigten und dem entsandten AR-Mitglied.

§ 13.

Es fragt sich, unter welchen Voraussetzungen das Rechtsverhältnis zwischen dem Großaktionär und dem entsandten Aufsichtsratsmitglied endet. Dieser Vertrag wurde von uns bereits charakterisiert als Rechtsverhältnis sui generis, das bedeutsame Abweichungen gegenüber dem Auftrag und Dienstvertrag zeigt. Darnach hat der Entsandte die Interessen des Großaktionärs im Aufsichtsrat zu vertreten, soweit dies mit seinen Amtspflichten gegenüber der Gesellschaft vereinbar ist. Diese Verpflichtung kann aber nur dann erfüllt werden, wenn der Entsandte tatsächlich die Funktionen eines Aufsichtsratsmitglieds ausübt. Bekleidet er dagegen sein Aufsichtsratsamt nicht mehr, so wird auch seine Verpflichtung gegenüber dem Großaktionär gegenstandslos. Denn dann hat er nicht mehr die Möglichkeit, die Interessen des Großaktionärs im Aufsichtsrat zu vertreten. So führt also die Beendigung des Aufsichtsratsamtes stets auch zur Beendigung des internen Rechtsverhältnisses zwischen dem Großaktionär und dem entsandten Mitglied, obwohl beide Rechtsverhältnisse an sich zu trennen sind. Als Beispiel sei der Fall erwähnt, daß das Gericht das entsandte Mitglied abberuft. Hier enden ohne weiteres auch die internen Rechtsbeziehungen zwischen dem entsandten Mitglied und dem Großaktionär.

Beendigung des Aufsichtsratsamtes ist zwar stets Beendigungsgrund für die internen Rechtsbeziehungen, aber nicht alleiniger Beendigungsgrund. Vor allem fragt es sich, ob das interne Delegationsverhältnis auch dann erlischt, wenn der Großaktionär das Entsendungsrecht verliert. Dies wird im Zweifel zu bejahen sein. Denn mit Verlust des Entsendungsrechts entfällt im allgemeinen auch ein schutzwürdiges Interesse an der weiteren Tätigkeit des Delegierten. Man denke z. B. an den Fall, daß der Großaktionär sein Entsendungsrecht dadurch verliert, daß er sein Mitgliedschaft aufgibt. Die Veräußerung der Aktien zeigt, daß der Großaktionär an der Gesellschaft nicht mehr interessiert ist. Damit aber besteht kein Grund mehr, das interne Delegationsverhältnis aufrecht zu erhalten. Das gleiche gilt z. B. dann, wenn der Großaktio-

när die Entziehung des Entsendungsrechts genehmigt. Denn er würde seine Zustimmung nicht erteilen, wenn er an der Tätigkeit des Entsandten noch Interesse hätte.

3. Beide Rechtsbeziehungen als Elemente konzernrechtlicher Bindung.

§ 14.

Ein charakteristischer Zug unseres modernen Wirtschaftslebens ist die Tendenz zur Konzentration. Sie führt dazu, daß die kleinen Einzelunternehmungen ihre Selbständigkeit immer mehr verlieren und in die Abhängigkeit größerer Dachorganisationen geraten. Diese Abhängigkeit äußert sich manchmal in einer völligen Verschmelzung zweier Unternehmen. Manchmal kommt es dagegen nur zu schuldrechtlichen Verträgen, durch welche die Einzelunternehmungen zur Aufgabe eines Teils ihrer Selbständigkeit gezwungen werden. Es kommt aber auch vor, daß die betreffenden Unternehmungen rechtlich völlig unabhängig bleiben und nur durch Bindungen wirtschaftlicher oder tatsächlicher Art zusammengehalten werden. Man spricht im letzteren Fall von einem Konzern und von Konzernunternehmungen. In diesem Zusammenhang fragt es sich, ob eine solche konzernmäßige Bindung auch dann vorliegt, wenn eine AG gemäß § 88 AktG Vertrauensleute in den Aufsichtsrat einer anderen Gesellschaft entsendet. Die Lösung dieses Problems hat nicht nur theoretische Bedeutung, sondern auch wichtige praktische Folgen, die später dargelegt werden sollen. Im einzelnen sind die Voraussetzungen der Konzernbindung im § 15 AktG bezeichnet. Das Gesetz unterscheidet dabei verschiedene Konzerntypen.

Zunächst fragt es sich, ob das Entsendungsrecht die Bedingungen des § 15 I AktG erfüllen kann. Diese Bestimmung lautet folgendermaßen: „Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern. Die einzelnen Unternehmungen sind Konzernunternehmungen." Vorausgesetzt sind rechtlich selbständige Unternehmungen. Von einer konzernmäßigen Bindung könnte man also nur dann sprechen, wenn der Entsender eine AG, Kommanditgesellschaft a. A.,

G. m. b. H., bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, OHG, Bergrechtliche Gewerkschaft oder ein einzelkaufmännisches Unternehmen ist. Steht dagegen das Entsendungsrecht einer natürlichen Person ohne kaufmännischen Betrieb zu, so fehlt es an dem in § 15 AktG vorausgesetzten Unternehmen. Die Unternehmungen müssen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sein. Es fragt sich nun, ob eine solche einheitliche Leitung auch dann hergestellt ist, wenn eine Gesellschaft Mitglieder in den Aufsichtsrat einer anderen Gesellschaft delegiert (§ 88 AktG). Gewisse Bedenken hiergegen könnten dann entstehen, wenn man den Ausdruck „unter einheitlicher Leitung" vergleicht mit der Überschrift zu § 70: „Leitung der AG" und mit § 70 I AktG, wonach der Vorstand die Gesellschaft zu „leiten" hat. Darnach sieht es so aus, als ob das AktG abweichend vom bisherigen Recht ein Konzernunternehmen nur dann als vorliegend erachtet, wenn die Vorstände einheitlich besetzt sind. Eine solche Auffassung muß jedoch als wenig überzeugend bezeichnet werden. Entscheidend für den Begriff einer einheitlichen Leitung ist vielmehr der einheitliche Einfluß, der die beteiligten Unternehmungen zusammenhält (so mit Recht Dietrich, a. a. O.; Schlegelberger, a. a. O., S. 146, § 15). Daher erfüllen auch Schwesterunternehmungen, die zwar verschiedene Vorstände, aber einheitliche Aufsichtsräte haben — gewöhnlich die Vorstandsmitglieder der Muttergesellschaft —, die Voraussetzungen des § 15 I AktG. Auch das Entsendungsrecht kann demnach eine konzernmäßige Bindung begründen, wenn es einem rechtlich selbständigen Unternehmen zusteht.

Während § 15 I AktG eine konzernmäßige Bindung koordinierter Unternehmen betrifft, bezieht sich § 15 II auf subordinierte Unternehmungen. Darnach gelten herrschendes und abhängiges Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmungen, wenn ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar „unter dem beherrschenden Einfluß" eines anderen Unternehmens steht. Kann ein solches Abhängigkeitsverhältnis nun auch durch das Entsendungsrecht des § 88 AktG begründet werden? Dies ist zu bejahen. Denn es ist gleichgültig, wie der „beherrschende Einfluß" des § 15 II AktG zustande kommt. Er kann in einer Einwirkung auf die Willensbildung der Gesellschaft von innen oder von außen bestehen. Er kann in rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen begründet sein. Es kommen demnach alle Mittel in Be-

tracht, also auch das Entsendungsrecht des § 88 AktG. (So mit Recht v. Godin, a. a. O., S. 38 § 15.) Letzteres erfüllt die genannten Voraussetzungen, obwohl der Entsender höchstens ein Drittel aller Aufsichtsratsmitglieder entsenden kann. Denn gerade die entsandten Mitglieder können bei der Beschlußfassung mit ihrer Stimme den Ausschlag geben.

Eine konzernmäßige Bindung kann nicht nur durch „offene" Delegationen nach § 88 AktG erzielt werden, sondern auch durch „versteckte". Als solche bezeichneten wir eingangs diejenigen Delegationen, die nicht auf einem satzungsmäßigen Entsendungsrecht, sondern auf besonderen Vereinbarungen beruhen. Auch sie können eine einheitliche Leitung im Sinne des § 15 I begründen oder ein Abhängigkeitsverhältnis nach § 15 II AktG. Vorausgesetzt ist wiederum, daß ein rechtlich selbständiges Unternehmen als Delegierender auftritt.

„Versteckte" Delegationen, wie sie schon nach früherem Recht üblich waren, sind auch durch § 88 AktG nicht gegenstandslos geworden. Dies liegt einmal daran, daß Entsendungsrechte nur den Aktionären als solchen eingeräumt werden können. Nun sind aber auch Nichtmitglieder, namentlich Banken, oft bestrebt, den Aufsichtsrat und damit die Gesellschaft zu beeinflussen. Da diesen Mächten der Weg des § 88 AktG verschlossen ist, bleibt ihnen nur die Möglichkeit „versteckter" Delegationen. Diese Erscheinung mag beklagenswert sein, jedenfalls muß aber mit ihr gerechnet werden. Außerdem sind diese „versteckten" Delegationen auch für die Aktionäre selbst nicht entbehrlich. Dies hängt mit der Sonderrechtsnatur des Delegationsrechts nach § 88 AktG zusammen. Denn bei der Begründung des Rechts müssen die Benachteiligten, d. h. alle übrigen Aktionäre ihre Zustimmung geben. Wo sich aber diese Einstimmigkeit nicht erzielen läßt, bleibt nur der Weg „versteckter" Delegationen wie bisher. Schließlich ist noch denkbar, daß der Delegierende möglichst im Hintergrund bleiben will und an einer Offenlegung seines Einflusses auf die AG kein Interesse hat. Dieses Bestreben braucht keineswegs immer unehrenhaften Beweggründen zu entspringen. Die Gesellschaft kann z. B. ein schutzwürdiges Interesse daran haben, die durch ihre Delegierten hergestellten Geschäftsbeziehungen vor der Konkurrenz geheimzuhalten.

Wie bringt nun der Delegierende seine Vertrauensleute in den Aufsichtsrat, wenn ihm kein Entsendungsrecht zusteht? Besitzt er die Kapitalmehr-

heit, so kann er die Wahl dieses Vertrauensmannes in der Hauptversammlung ohne weiteres durchsetzen.

Es fragt sich, ob der Aktionär auch mit Hilfe von Konsortialverträgen, d. h. Abstimmungsvereinbarungen, sein Ziel erreichen kann. Die herrschende Meinung läßt solche Schuldverträge, durch die mehrere Aktionäre sich die Wahl ihrer Delegierten gegenseitig zusichern, im Rahmen der Vertragsfreiheit zu (s. Schlegelberger, a. a. O., S. 389; Staub, a. a. O., S. 371, § 342 Anm. 2 d). Nur die Vollstreckbarkeit solcher Vereinbarungen wird auch von der herrschenden Meinung abgelehnt. Nach unserer Auffassung sind solche Verträge nur dann gültig, wenn an ihrer Aufrechterhaltung ein schutzwürdiges Interesse besteht. Diese Voraussetzung wird jedoch meist fehlen. Man darf nicht vergessen, daß das Stimmrecht zu den gemeinnützigen Rechten gehört. Denn es soll der Willensbildung der Gesellschaft und der Erhaltung des Unternehmens dienen. Wenn nun ein Aktionär die Kandidaten der Gegenpartei wählt ohne Rücksicht auf ihre Eignung für die Gesellschaft, nur um seine eigenen Kandidaten durchzubringen, dann würde er das Recht in egoistischem Interesse ausüben. Darin aber liegt ein Rechtsmißbrauch, weil das Stimmrecht durch eine solche Ausübung seinem gesetzlichen Zweck entfremdet würde (s. Riezler, Rechtsvergl. Handwörterbuch, Bd. 6, S. 2 ff.). Hat jedoch ausnahmsweise die Gesellschaft selbst ein schutzwürdiges Interesse an solchen Verträgen, dann sind sie gültig. Ein solches Interesse kann namentlich dann vorliegen, wenn der Konsortialvertrag schädliche Machtkämpfe verhindert, indem er den Aktionären eine ihrer Beteiligung entsprechende Vertretung sichert (vgl. hierzu Schlegelberger, a. a. O., § 87 Anm. 4). Man denke z. B. an den Fall, daß sich zwei gleich starke Aktionärgruppen gegenüberstehen, ohne deren Einigung der Aufsichtsrat gar nicht zu bilden ist (RGZ 133/92). Aber auch hier erstreckt sich die Gültigkeit solcher Verträge nur soweit, als sie im Interesse der Gesellschaft liegen.

Unwirksam sind auch Verträge über die Besetzung von Aufsichtsratsposten, die zwischen der Gesellschaft und einem Dritten geschlossen werden. Ihre Ungültigkeit beruht auf § 87 AktG, wonach die Aufsichtsratsmitglieder von der Hauptversammlung zu wählen sind. Es bedeutet aber eine unzulässige Beschränkung ihrer Wahlfreiheit, wenn die Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand, im voraus über die Aufsichtsratsposten verfügen könnte (s. Schlegelberger, a. a. O., S. 397).

Wir haben gesehen, daß eine konzernmäßige Bindung sowohl durch „offene" wie durch „versteckte" Delegationen erreicht werden kann. Es ist zu prüfen, welche praktische Bedeutung diese Feststellung hat. Das Aktiengesetz enthält gewisse Vorschriften, welche die Nachteile des Konzernwesens bekämpfen sollen, indem sie die eigenartige Machtlage in einem Konzern berücksichtigen. Diese Gefahren liegen nämlich darin, daß mehrere Unternehmen zwar rechtlich selbständig sind, aber machtmäßig eine Einheit bilden. Diese Machtlage kann in der Weise zur Umgehung des Gesetzes benutzt werden, daß eine Gesellschaft bestimmte Maßnahmen, die ihr selbst verboten sind, durch eine Konzerngesellschaft bewirkt. Dies aber soll verhindert werden durch die besonderen Bestimmungen über Konzernunternehmungen: §§ 95 II Satz 1, 112 I Satz 2, 128 II Nr. 8, 131, 134; und über das herrschende und abhängige Unternehmen: §§ 51, 65, 114 VI, 131.

Besonders wichtig sind ferner die Vorschriften, die den Delegierten haftbar machen, wenn er seinen konzernmäßigen Einfluß unrechtmäßig ausnutzt. Die Rechtsgrundlage hierfür ist § 101 AktG. Er zeigt uns, daß der Gesetzgeber den untrennbaren Zusammenhang von Herrschaft und Haftung an dieser Stelle richtig erkannt hat. Nach § 101 I AktG ist schadensersatzpflichtig, wer zu dem Zweck, für sich oder einen anderen gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erlangen, vorsätzlich unter Ausnutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft, ein Aufsichtsratsmitglied dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln. Um haftbar zu werden, muß der Delegierende also einen Vorteil erstreben, der beliebiger Art sein kann. Er muß sich jedoch als gesellschaftsfremder Sondervorteil darstellen. Diese Voraussetzung ist dann nicht erfüllt, wenn der vom Entsender erstrebte Vorteil gleichzeitig auch dem Besten der Gesellschaft dient. Andererseits ist der Großaktionär nicht allein schon deswegen haftbar, weil die Einflußnahme allein seinen persönlichen Interessen dient. Der Sondervorteil muß vielmehr unangemessen und nicht schutzwürdig sein. § 101 III AktG bringt dies selbst zum Ausdruck, indem er die Haftung bei Verfolgung schutzwürdiger Belange ausschließt. Aus der amtlichen Begründung kann man entnehmen, daß hier vor allem an Konzerninteressen oder Interessen der Gemeinwirtschaft gedacht ist. Es wäre aber verfehlt, alle Konzerninteressen als schutzwürdig zu bezeichnen. Es muß immer genau geprüft werden,

ob die Zugehörigkeit zum Konzern der Gesellschaft tatsächlich Nutzen bringt. Zu untersuchen ist vor allem, wie die Interessen der konzernfreien Aktionäre gewahrt sind. Diese dürfen niemals einen offenbaren Vermögensschaden erleiden. Auch darf es nicht geschehen, daß das auf Kosten der freien Mitglieder durchgesetzte Konzernwohl einseitig den Mitgliedern zugutekommt, die gleichzeitig der Dachgesellschaft angehören.

Der Delegierende wird ferner nur dann haftbar, wenn er vorsätzlich handelt. Bei seinem Vorgehen muß der Delegierende den Einfluß ausnützen, den er durch die Delegation auf die Willensbildung der Gesellschaft besitzt. Die Ausnutzung des Einflusses liegt in der Verwendung des Einflusses zur Beeinflussung des Aufsichtsratsmitgliedes.

Die Handlung des Vertrauensmannes muß weiterhin einen Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre herbeiführen.

Zur Haftung des Delegierenden ist aber nicht erforderlich, daß der Delegierte selbst schuldhaft handelt.

Zu ersetzen ist nicht nur der Schaden, den die Gesellschaft erleidet, sondern auch der Schaden der Aktionäre. Letztere haben im Gegensatz zu § 101 II AktG ein eigenes Klagerecht. Unter bestimmten Voraussetzungen können auch die Gesellschaftsgläubiger den Schadensersatzanspruch der Gesellschaft im eigenen Namen geltend machen.

Zu beachten ist ferner, daß neben § 101 AktG auch § 826 BGB zur Anwendung kommt. Praktisch bietet er aber keinen großen Schutz gegen etwaigen Machtmißbrauch durch den Delegierenden. Dies liegt an den Beweisschwierigkeiten, die im Fall des § 826 BGB bestehen.

Schlußbetrachtung.

§ 15.

Abschließend können wir feststellen, daß das Entsendungsrecht den Einfluß der Großaktionäre auf den Aufsichtsrat noch zu steigern vermag. Während sie ihn bisher schon tatsächlich beherrschten, ist dieser Einfluß jetzt auch rechtlich fundiert. Eine wirksame Kontrolle, die zum Schutz der Kleinaktionäre und zur Sicherung einer verantwortungsbewußten Geschäftsführung dringend erforderlich erscheint, kann dadurch noch mehr in Frage gestellt sein. Denn wie könnte die Geschäftsführung der Großaktionäre wirksam überwacht werden, wenn die Kontrolltätigkeit durch ihre Vertrauensleute ausgeübt wird.

Abgesehen davon kann der Aufsichtsrat auch zum Ausgangspunkt gesellschaftsschädlicher Machenschaften werden. Auch im neuen AktG hat er seine einflußreiche Stellung fast unverändert behalten. § 95 II AktG bestimmt z. B., daß der Aufsichtsrat gewisse Geschäfte von seiner Zustimmung abhängig machen kann. Es besteht nun die Gefahr, daß die Großaktionäre durch ihre Delegierten diese weitgehenden Befugnisse mißbrauchen. Rechtlich hat zwar der Delegierte eine selbständige Stellung und braucht durchaus nicht alle Anordnungen des Großaktionärs zu befolgen. Tatsächlich kann der Entsandte aber leicht zum willenlosen Werkzeug des Großaktionärs werden. Besonders bei wirtschaftlicher Abhängigkeit wird der Delegierte oft der Versuchung ausgesetzt sein, lieber den gesellschaftsschädlichen Anordnungen des Großaktionärs nachzukommen, als seine Abberufung und andere Nachteile zu riskieren. Gegen die Gefahren eines derartigen Mißbrauchs ist die Gesellschaft auch durch § 101 AktG nicht unbedingt geschützt.

Die amtliche Begründung zum AktG betont freilich, daß das Entsendungsrecht in erster Linie für gemischt- und gemeinwirtschaftliche Betriebe gedacht ist. Es handelt sich dabei um Privatunternehmungen, an denen der Staat, ein Kommunalverband oder eine Gemeinde beteiligt ist. Sie finden sich

vor allem in solchen Wirtschaftszweigen, die für die Allgemeinheit von Bedeutung sind. In Frage kommen namentlich Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwerke, Bergwerke und Straßenbahngesellschaften. Es kann sich nun für die Allgemeinheit segensreich auswirken, wenn der Staat durch seine Aufsichtsratsdelegierten auf gerechte Löhne und angemessene Tarife und Preise hinwirkt. Auch ist ein Mißbrauch wohl kaum zu befürchten, wenn das Delegationsrecht sich in der Hand des Staates befindet. Eine Beschränkung des Entsendungsrechts auf Personen des öffentlichen Rechts ist aber aus dem Gesetz nicht zu entnehmen. Es kann vielmehr allen Großaktionären ohne Unterschied verliehen werden.

Interessant ist eine Parallelerscheinung im amerikanischen Recht. Dort sind diejenigen Gesellschaften, an deren Betrieb ein besonderes Interesse der Allgemeinheit obwaltet, unter dem Namen public service Corporations oder auch public utility Corporations zusammengefaßt und einer besonderen Staatsaufsicht unterstellt (so Schmey, a. a. O., S. 24, 652). Letztere wird jedoch nicht durch delegierte Verwaltungsmitglieder, sondern durch eigens eingesetzte Kommissionen ausgeübt. Diese Kommissionen haben „power of regulation", d. h. sie können der Verwaltung Anweisungen geben und Maßnahmen der Geschäftsführung von ihrer Genehmigung abhängig machen (vgl. Hallstein, a. a. O., S. 67).

Bei einem Gesamtüberblick zeigt das Entsendungsrecht demnach folgende Vorteile und Nachteile: Einmal kann es die Fähigkeit des Aufsichtsrates zur Erfüllung seiner Kontrolltätigkeit noch weiter herabsetzen. Außerdem besteht die Gefahr, daß das Recht zu einem Mittel skrupelloser Konzernpolitik wird. Anzuerkennen ist jedoch, daß es dem Staat und den Gemeinden gute Dienste zu leisten vermag.

Lebenslauf.

Ich wurde am 26. Mai 1915 in Dresden geboren als Sohn des Oberreichsbahnrates Dr. jur. Paul Vogel und seiner Ehefrau Marianne geb. Hauptmann. Zunächst besuchte ich die Mochmannsche Privatschule, dann die 55. Volksschule in Dresden. Ostern 1925 bestand ich die Aufnahmeprüfung am Vitzthumschen Gymnasium zu Dresden, dem ich bis zu meiner Reifeprüfung am 10. März 1934 angehörte. Nach Ableistung der Arbeitsdienstpflicht wendete ich mich im November 1934 dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität München zu. Nach einem Studium von sieben Semestern an der gleichen Universität bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am OLG München. Meine Lehrer waren die Professoren Düll, Exner, Heckel, Hueck, Kisch, Köellreutter, Mezger, Müller-Erzbach, Riezler, San Nicolò, v. Schwerin.